This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

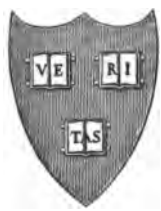
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 204 152

Digitized by Google

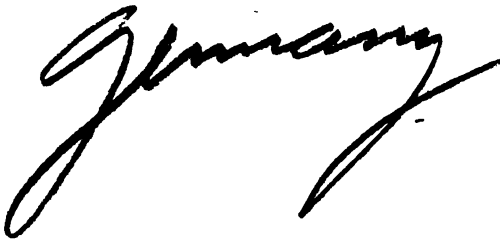
57589



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received APR 16 1936

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts

von

Rudolph Freiherrn von Holzschuher,
Doctor der Rechte und vormalig Reichstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten.

Dritter Band,

enthaltend

Supplemente.

FÜRSTLICH OETTINGEN-WALLERSTEINSCHE BIBLIOTHEK IN SEYFRIEDSBERG

Mit einem eigenen Register.

Leipzig,
in Baumgärtner's Buchhandlung.
1854.

GER. 910 HOL
Digitized by Google

APR 16 1936

4/16/36

Digitized by Google

Vorrede.

Der Aufforderung Sachverständiger und der, durch günstige Urtheile, deren sich sein Versuch einer an die Theorie sich unmittelbar anknüpfenden Casuistik zu erfreuen hatte, dem Verfasser gewordenen Ermuthigung verdankt gegenwärtiger Supplementband seine Entstehung. Er hat zum Zweck, die Früchte neuerer Literatur nachzutragen, wo eine Stelle seines Werks einer Kritik begegnet ist, diese nie unbeachtet zu lassen, sondern das Beanstandete entweder zu rechtfertigen, oder zu verbessern, einen hie und da etwa zu dürftig behandelten Stoff vollständiger auszustatten, und, wo es nöthig schien, selbst einer umfänglicheren Bearbeitung Raum zu geben. Letzteres glaubte der Verf. besonders in der schwierigen Materie von der Collision der Gesetze durch eine systematische Behandlung des zuvor in zu viele einzelne Fragen zerstückelten Stoffes, und durch Benutzung neuerer Werke bewirken zu müssen. — Die sorgfältige Benutzung der neueren Literatur erstreckt sich auch auf die seit mehreren Jahren erschienenen, für den Praktiker wichtigen Sammlungen von Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands, jedoch immer nur in so weit dieselben neue und umfassendere Rechtsansichten gewähren, und entweder eigentliche Rechts-Controversen oder solche Fälle betrafen, deren verwickelte Beschaffenheit zuweilen, wie v. Savigny im System des heutigen röm. Rechts Bd. III. S. 339. bemerkt, die Folge haben kann, daß sehr namhafte Juristen lediglich durch verschiedene Subsumtion auf ganz entgegengesetzte Erklärungen gerathen konnten.

Digitized by Google

Vor den nackten Mittheilungen der von diesem oder jenem Obergerichtshof gefällten Entscheidungen dürfte indessen die gegenwärtige Benutzungsart einen Vorzug in so ferne behaupten, als einestheils die gesammelten Rechtssprüche mit den im Werk selbst aufgestellten Rechtssätzen und Autoritäten in unmittelbare Verbindung und Gegeneinanderstellung gesetzt sind, anderntheils aber jene Rechtssprüche nicht wie Orakelsprüche behandelt, sondern, wo sich Gelegenheit fand, mit entgegengesetzten Sentenzen auf solche Art in Vergleichung gestellt wurden, daß der Leser nicht blos Autoritäten findet, sondern auch der innere Gehalt der Autoritäten seinem Blick erkennbar wird. Der Verf. hofft auf diese Weise auch für den gegenwärtigen Ergänzungsband das Urtheil zu rechtfertigen, welches der gelehrte Recensent in den kritischen Jahrbüchern über die zwei letzten Bände seines Werks dahin gefällt hat: „durch eine große Anzahl „sehr interessanter höchst präcise dargestellter Rechtsfälle, und „deren bisweilen mit Kritik versehene Entscheidung hat die „Klarheit der hier mitgetheilten Regeln sehr gewonnen."

So möge denn die gegenwärtige Zugabe den Besitzern des Werks nicht unwillkommen seyn, und möge es, da, wie das Register zeigt, nicht leicht eine Materie ohne neue Beiträge geblieben ist, denjenigen, welcher das Werk selbst zu Rathe zieht, nicht gereuen, immer auch den Supplementband in Vergleichung zu ziehen.

Nürnberg, den 31. März 1853.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Zum Ersten Bande.

I.

Allgemeiner Theil.

Digitized by Google

Aristoteles im 5. Buch der Ethik (nach der Garveschen Uebersetzung) im 15. Kapitel löst die Schwierigkeit, sich die Billigkeit als etwas von der Gerechtigkeit verschiedenes und doch der Gerechtigkeit entsprechendes zu denken, auf folgende Weise. Die billige Handlung ist zwar an sich gerecht, aber nicht gerecht nach dem Buchstaben des Gesetzes, sondern eine Verbesserung und Vervollkommnung des Gesetzes. Nämlich alle Gesetze geben ihre Entscheidungen immer im Allgemeinen, aber beinahe alle praktischen Gegenstände sind von der Art, keine allgemeinen Regeln ohne Ausnahme zuzulassen. Während nun das Gesetz zu einer allgemeinen Entscheidung genöthiget, jedoch eine allgemeine vollkommen richtige Bestimmung unmöglich ist, da nimmt das Gesetz das, was in den meisten Fällen zutrifft, für das allgemein richtige an, und gebietet oder verbietet allgemein. So läßt sich also die Natur der Billigkeit dahin am besten bestimmen, daß sie in einer Verbesserung des Gesetzes bestehe, da wo dieses wegen der Allgemeinheit seiner Bestimmungen mangelhaft ist.

Digitized by Google

Gewohnheitsrecht.

Unter Observanz — unterschieden von consuetudo, kann etwas anderes nicht verstanden werden, als ein durch die Uebung selbst begründetes Zeugniß gewisser Rechtssätze — die unter dem Namen avtonomischer zu begreifen sind — für die Mitglieder specieller Districte, Gemeinheiten u. dgl., s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus Sächs. Pandekten S. 29. no. 15. Solche Rechtssätze haben das mit dem gesetzlichen Recht gemein, daß sie durch einen sie *feststetzenden Act* hervorgebracht werden, aber ihre Entstehung nicht der *gesetzgebenden Gewalt* verdanken. — Die gemeine Meinung behauptet, daß bei der Observanz schon ein einzelner Act hinreiche*), den darin niedergelegten Rechtssatz darzuthun, während Andere dieß nur von der s. g. observantia interpretativa gelten lassen. Boehmer J. E. Pr. Lib. I. tit. IV. §. 42. Nicht unbeachtet dürfte diejenige Unterscheidung bleiben, welche Puchta im Gewohnheitsrecht Th. II. S. 109 ꝛc. nothwendig findet. Es muß nämlich allerdings zugestanden werden, daß eine avtonomische Disposition, habe sie die Form eines Beschlusses oder Vertrags, auch stillschweigend gemacht werden könne, indem ja der Wille nicht blos durch Worte oder dieselben vertretende Zeichen, sondern auch durch andere Handlungen, namentlich durch sofortige Beobachtung des Satzes, über welchen man übereingekommen ist, erklärt wird. S. 10. Fr. 5.

Diese Beobachtung ist mithin die *Willenserklärung*, und gehört wesentlich mit zur *Entstehung des Rechtssatzes*, da natürlich nur ein erklärter Wille eine solche Vorschrift erzeugt**). Davon ist eine Beobachtung verschieden, welche in Folge des *schon entstandenen* Rechtsatzes eintritt, eben so wie die consuetudo in Folge

*) Glück P. R. Bd. I. §. 84. a. E. Emminghaus l. c.

**) Wenn ein Collegium seine Uebereinstimmung über einen Satz unmittelbar durch die Handlung zu erkennen giebt, so beweist die einmalige Beobachtung des Satzes die Existenz des Rechtsatzes vollkommen. Hat z. B. ein Domkapitel, welches bisher nur eine geschlossene Anzahl Domherrenstellen hatte, einmal über diese Zahl hinaus Domherren aufgenommen, so genügt zum Beweis der gegen den Abschluß der Einzelnstellen zu beweisenden Observanz ein einziger Act.

Digitized by Google

des schon entstandenen Gewohnheitsrechts; sie ist ein Zeugniß und Erkenntnißmittel für den vor ihr schon existirenden Rechtssatz, wie die Gewohnheit für das Gewohnheitsrecht. — Die Beantwortung der Frage, ob aus einem vorliegenden Act der Observanz die Existenz des Rechtssatzes entnommen werden kann, wird nun davon abhängen, welche Art der Observanz darin liegt. Kann der vorliegende Act als eine Beobachtung der ersten Art angesehen werden, als eine stillschweigende Willenserklärung, so beweist schon diese einmalige Beobachtung die Existenz des Rechtsatzes so vollkommen, wie eine ausdrückliche Erklärung. In diesem Fall ist also die gewöhnliche Meinung richtig. Hat aber der Act der Observanz jenen Charakter nicht, ist er also nur als eine Beobachtung der zweiten Art, als ein bloßes Zeugniß eines bestehenden Rechtssatzes zu betrachten, so gilt auch hier, was von der Erkenntniß eines Gewohnheitsrechts anerkannt wird, daß aus einem einzelnen Fall der Uebung noch keineswegs auf das Dasein einer ihr zu Grunde liegenden Regel geschlossen werden kann, daß dazu vielmehr eine wiederholte gleichmäßige Uebung gehört.

S. 12. Fr. 9. Wenn Präjudicate für ein bestehendes jus consuetudinarium beweisend seyn sollen, so kommt viel auf deren ganze Beschaffenheit an. Das O. A. G. in Kiel erkannte unterm 7. Januar 1846, daß die früheren Erkenntnisse für das behauptete Gewohnheitsrecht nur eine zum vollen Beweise nicht hinreichende Vermuthung zu begründen geeignet seyen, weil aus denselben die Gründe, welche für die richterliche Ueberzeugung von dem Dasein des Gewohnheitsrechts bestimmend gewesen, nicht zu ersehen sind, und diese also von dem höheren Gericht nicht näher geprüft werden können.

S. 13. Fr. 11. Unter der Publicität als Erforderniß der Handlungen, aus welchen eine Gewohnheit erkannt werden soll, versteht man lediglich diejenige Publicität, welche mit diesen Handlungen an sich ihrer Natur nach verbunden ist. — Es wird also nach der Natur der Sache nur vorausgesetzt, daß diese Handlungen nicht verheimlicht worden seyen; s. die in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. I. Heft 3. S. 315 angeführten Erkenntnisse des O. A. Ger. zu Lübeck v. 31. Oktober 1846 und des O. A. Ger. zu München v. 23. Juli 1847.

S. 13. Fr. 12. Um eine Gewohnheit als consuetudo irrationabilis zu erklären, genügt es nicht, daß das positive geschriebene Recht ein anderes Princip hat, sondern jene Ungültigkeit tritt nur dann ein, wenn die Gewohnheit an sich unmoralisch oder gemeinschädlich ist; s. Nov. 134. c. I. in f. C. 10. 11. X. de consuet. l. 4. und die von Seuffert

Digitized by Google

l. c. S. 316 angeführten Erkenntniſſe der Oberappell-Gerichte in Lübeck und München.

Auch hat ſich eine conſtante Praxis dafür entſchieden, daß der l. 39. D. l. 3. kein anderer Sinn beizulegen ſey, als daß auch eine urſprünglich auf einem Irrthum beruhende Gewohnheit an ſich gültig iſt, und nur nicht, wie eine andere Gewohnheit analogiſch ausgedehnt werden dürfte. Seuffert l. c. S. 308.

Gegen die hier angenommene Erklärungsart der Geſetze in Beziehung auf diuturnitas wird in Sachſen zwar nicht vermöge eines ausdrücklichen Geſetzes, aber doch einer notoriſchen beſtändigen Gewohnheit, zur Einführung eines ungeſchriebenen Geſetzes eine Zeit von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen erfordert, obgleich die Sächſiſchen Rechtslehrer ſelbſt, vor Carpzov, das Gegentheil mit beſſerem Grund annahmen, wofür auch ein Urtheil des O. A. G. in Jena v. J. 1830 anzuführen iſt; ſ. Emminghaus Pand. S. 27. No. 8., vergl. S. 28. No. 11. S. 14. Fr. 14.

Daß Ausſagen über das Beſtehen einer Gewohnheit im Allgemeinen, wenn gleich die Zeugen die ſpeciellen Fälle der Anwendung nicht namhaft machen, allerdings erheblich ſeien, wenn ſie von Perſonen herrühren, bei denen man nach ihren Verhältniſſen eine Kenntniß des in Frage ſtehenden Gebrauchs vorausſetzen kann, muß zugeſtanden werden, l. c. S. 319. Z. B. wenn in Anſehung einer Lehnrechtlichen Gewohnheit Schultheißen und Schöppen bezeugen, daß die fraglichen Grundſtücke ſeither immer ſo verlehnrechtet wurden, daß dieſes Verhältniß beſtanden, ſo lange ſie ſich zurückerinnern könnten, daß ſie von alten Leuten ihres Orts gehört, wie es immer ſo gehalten worden, daß ſie auch von alten Leuten nie gehört, daß dieſen noch ältere geſagt, daß jemals ein anderes Verhältniß beſtanden habe, ſo kann die Ausſtellung nicht gemacht werden, daß ſie keine einzelnen Fälle benennen; bei der augenſcheinlichen Häufigkeit derſelben kann kein Bedenken obwalten, anzunehmen, daß ſie auf den Grund zahlreicher eigener Wahrnehmungen ihre Ausſagen erſtatteten; ſ. Puchta Gewohnheitsrecht Th. II. S. 133. Emminghaus Pand. d. gem. Sächſiſch. Rechts S. 228. S. 16. Fr. 17 und 19.

In dem hier angenommenen Sinn wurde die l. 2. C. 8. 53. bei dem Hanſeatiſchen Appellationsgericht aufgefaßt, daß nämlich, wenn gleich einer Gewohnheit derogirende Kraft gegen abſolut zwingende oder verbietende Geſetze einzuräumen bedenklich ſcheint, doch gegen bloße Präceptiv-Normen ſolches keinen Anſtand finden könne; ſ. Jacobſen neue Sammlung. Handelsrechtl. Abhandl. S. 120. S. 19. Fr. 22.

Digitized by Google

Rechtsquellen und Rechtsanwendung.

S. 23. Fr. 3. Von den ehemaligen Reichsgesetzen werden außer dem Reichsdeputations-Hauptschluß v. J. 1803 als geltend aufgeführt: 1) Carls IV. goldne Bulle v. J. 1356; — 2) der ewige Landfriede v. J. 1495; — 3) die Kreisordnung v. J. 1521; — 4) die Reichsmatrikel v. J. 1521; — 5) die Kammergerichtsordnung v. J. 1555; — 6) die Reichshofrathsordnung v. 1559 und 1654; — 7) die Executionsordnung v. J. 1558; — 8) d. J. R. A. v. J. 1654; — 9) die Reichspolizei-Ordnung v. J. 1530, 1532, 1548, 1577; s. Weiß System des heutigen deutschen Staatsrechts. §. 12. nota b.

S. 27. Fr. 16. *Judicis officium.* Gegen den Satz, daß die Wirksamkeit des gesetzlichen Rechts dadurch nicht aufgehoben werde, daß die Parthei bei der Verhandlung vor dem Richter zu ihrem Nachtheil in jure irrt, und etwas zugesteht, was sie nicht zugestehen durfte, scheint zwar eingewendet werden zu können, daß derselbe gegen den Grundsatz: juris ignorantia nocet anstoße; s. die Recension unseres Werks in Schneider und Richters kritischen Jahrbüchern v. J. 1844 S. 146. Allein dieser Satz bezieht sich nur auf Handlungen und Rechtsgeschäfte. Etwas ganz anderes sind Discussionen bei Gericht. Der Grundsatz: die juridische Beurtheilung der Thatsachen ist von der Thätigkeit der Partheien unabhängig, findet sich schon in dem Spruch der Alten, narra mihi factum, ego tibi narrabo jus ausgedrückt. Der Richter kann sich daher eine falsche juristische Behauptung eines Theils nicht um deswillen aneignen, weil sie der andere Theil für baare Münze angenommen hat. Puchta über die Grenzen des Richteramts S. 89 sagt: „der Richter kann nicht blos dasjenige, was in der Anwendung der Gesetze von den Partheien übersehen worden ist, sondern auch Thatsachen ergänzen, diese nämlich in so fern, als er einen andern Gebrauch bei Ertheilung des Rechtsschutzes davon macht, als die Parthei bei dessen Implorirung davon gemacht hat; immer jedoch nicht weiter als für diesen Zweck, also nur soweit, als von den Partheien ihr Recht angesprochen ist. — Urtheilt also auch die Parthei über die Beschaffenheit ihrer Rechtszuständigkeiten falsch, irrt sie in den Gründen der Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts; so ändert dies doch an dem Wesen der Sache nichts." Nur von Verbesserungen und Ergänzungen in jure nicht in facto kann die l. 1. C. 2. 11. verstanden werden: judicem, si quid a litigantibus minus fuerit dictum, id *supplere*, et *proferre*, quod sciat legibus et juri publico convenire.

Digitized by Google

Ueber die zeitliche Begrenzung der Gesetze in ihrer Wirksamkeit.

In der ganzen Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze ist S. 29. ein erst neuerlich von v. Savigny im System d. h. röm. Rechts Bd. VIII. S. 373 gehörig hervorgehobener Unterschied zwischen zweierlei Arten von Gesetzen nicht zu übersehen. Wir entnehmen demselben folgende Sätze: Eine Gattung von Rechtsregeln bezieht sich nämlich auf den Erwerb der Rechte*). Da ist der Grundsatz wahr; neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft auf die Folgen diesfallsiger vergangener juristischer Thatsachen beizulegen, weder auf die künftigen Folgen, noch auf die, welche in die Zwischenzeit zwischen der juristischen Thatsache und dem neuen Gesetze fallen.

Eine zweite Gattung von Rechtsregeln bezieht sich auf das Dasein der Rechte, also auf die Anerkennung eines Rechtsinstituts im Allgemeinen, welche stets vorausgesetzt werden muß, bevor von der Beziehung auf eine einzelne Person oder von der Verwandlung eines Rechtsinstituts in ein Rechtsverhältniß die Rede seyn kann; und zwar Rechtsregeln, welche das Seyn und Nichtseyn eines Rechtsinstituts, oder auch das So oder Andersseyn eines Rechtsinstitutes betreffen. Für diese Gattung von Rechtsregeln hat der erwähnte Grundsatz keine Anwendbarkeit und kann sie nicht haben, indem die wichtigsten Gesetze solcher Art, wenn man sie unter den Grundsatz der Nichtrückwirkung stellen würde, eigentlich bedeutungsleer werden würde. Eine Klasse, und zwar die wichtigste bilden gewisse Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach über das einzelne Menschenleben hinausreichen, ja zu einer endlosen Fortdauer bestimmt sind. Aus dem römischen Recht gehört dahin die Sclaverei, im heutigen Recht sind folgende Institute solcher Art theils noch vorhanden, theils wenigstens bis auf unsere Tage erhalten geblieben, namentlich: Leibeigenschaft, Reallasten aller Art, besonders Zehnten, Lehen, Familienfideicommisse, Prädialservituten, Emphyteuse. Eine Unabänderlichkeit solcher Rechtsinstitute kann nicht zugegeben werden, weil sie mit der allgemeinen Natur und Entstehung des Rechts unvereinbar wäre. Das Recht hat seine Wurzel in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volks, welches allerdings einer umbildenden Entwickelung unterworfen, also nicht als ein ruhendes stillstehendes zu denken ist. Daher können wir unmöglich irgend einem einzelnen Zeitalter die Macht einräumen, durch sein eigenthümliches Rechtsbewußtseyn alle künftigen Zeiten zu bannen und zu beherrschen.

*) d. h. auf die Verbindung eines Rechtes mit einer einzelnen Person, oder auf die Verwandlung eines (abstracten) Rechtsinstituts in ein (persönl.) Rechtsverhältniß.

Digitized by Google

Eine zweite Klasse bilden einige auf das Geschlechterverhältniß bezügliche Rechtsinstitute. Die Gesetze über diese Institute gehören deswegen hieher, weil sie nicht auf reinen Rechtsgründen beruhen, sondern auf sittlichen (theilweise sittlich religiösen) Gründen. Z. B. die Gesetze über Ehescheidung haben sittliche Gründe und Zwecke, mithin eine zwingende Natur, gehören zu den Gesetzen über das Daseyn der Ehe. Es verhält sich deshalb damit nicht wie mit den Gesetzen über das eheliche Güterrecht. Eben so wirkt ein die Liberalität der Ehegatten beschränkendes Gesetz augenblicklich auf die bestehenden Ehen ein, wenn es gleich zur Zeit ihrer Schließung nicht vorhanden war, denn sein Zweck geht dahin, die Gefährdung der Reinheit der Ehe durch eigennützige Einwirkungen zu verhindern. Gesetze über die aus dem außerehelichen Beischlaf abzuleitenden Rechte theils des Kindes, theils der Mutter haben einen sittlichen Zweck, müssen daher augenblicklich zur Anwendung kommen, ohne Rücksicht auf das Gesetz, welches zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt des Kindes bestanden hat.

Eine dritte Klasse bilden die Gesetze über rein juristische Institute, welche durch jene entweder völlig aufgehoben oder doch von Grund aus umgebildet werden; z. B. Hypotheken-Systeme.

Einzelne Fälle.

1) Nach welchen Gesetzen ist über die Haftung der Erben eines Verwalters für eine von diesem gemachte Capitalanlage zu entscheiden, wenn die über die Haftung der Erben zur Zeit der Capitalanlage geltend gewesenen Gesetze vor der Erbschaftsantretung durch eine andere abweichende Gesetzgebung verdrängt worden sind? — Das O. A. Ger. zu Lübeck erkannte: nach der zur Zeit der Erbschaftsantretung bestehenden Gesetzgebung; s. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. IV. H. 2. S. 165.

2) Ein im Königreiche Würtemberg am 14. April 1848 erlassenes Gesetz statuirt: „Der noch nicht zur Erhebung gekommene Neubruch-Zehent hört für die Zukunft ohne Entschädigung auf.“ Der Ausdruck dieses Gesetzes ist ohne Zweifel rückwirkend auf zuvorbestandene Rechte, indem es die Aufhebung eines bisherigen Rechtsinstituts ausspricht. Dem gemäß entschied das O. Tr. zu Stuttgart, (s. Seuffert Archiv. Bd. III. H. 2.) daß der klagende Zehentberechtigte mit seiner darauf, daß der Zehent bloß wegen widerrechtlicher Weigerung der Pflichtigen nicht zur Erhebung gekommen und zum Gegenstand eines Rechtsstreits geworden sey, gegründeten Klage abzuweisen sey.

Digitized by Google

Umgewandt entschied in einer ähnlichen Sache, und bey einem wörtlich gleichlautenden Bayerischen Gesetz v. 4. Juni 1848. das O. A. Ger. in München, (s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwend. Bd. XV. S. 158.) daß die Vorschrift dieses Gesetzes auf einen solchen Novalzehnt, welcher vor Erlassung des fraglichen Gesetzes zur Erhebung reif war, aber wegen widerrechtlicher Weigerung des Pflichtigen streitig wurde, nicht anwendbar sey, indem jedenfalls die widerrechtliche Weigerung des Pflichtigen nach l. 24. D. 35. 1., dann l. 39. u. 161 D. de R. J. zur Folge haben müsse, daß die Erhebung als bereits geschehen anzusehen sey, wenn hievon rechtliche Wirkungen abhängen, auch vermöge mehrerer Vorschriften der Gesetze. l. 74. 155. 173. §. 2. de R. J. eine widerrechtliche Handlung, so wie die mora der Verpflichteten einem Andern nie Schaden bringen dürfe!

Diese Gesetzes-Allegate treffen aber nach unserer Meinung nicht das Ziel. Dafür, daß aus einer widerrechtlichen Weigerung dem Weigernden kein Recht erwachsen könne, bedurfte es überhaupt nicht erst einer Deduction, und darüber ist gar keine Frage. Die Frage ist nur: was ist gesetzliches Recht? Recht ist nur, was das neue Gesetz dem Richter vorschreibt. Einem Gesetz, welches ein Rechtsinstitut der Vorzeit aufhebt, kann man, ohne seine Natur zu zerstören, nicht deswegen, weil dieses Institut früher verpflichtend geworden ist, seine Wirksamkeit versagen. Dieses Institut hat zu seyn aufgehört. Schränkt das neue Gesetz gleichwohl seine rückwirkende Kraft selbst ein, so darf der Richter wenigstens nicht über die gesetzliche Einschränkung hinausgehen. Wenn also das Gesetz sagt: der noch nicht zur Erhebung gekommene Novalzehnt hört ohne Entschädigung auf; so kommt nichts weiter darauf an, aus was immer für Ursachen er nicht zur Erhebung gekommen ist. Das Gesetz hebt ja eben den nach der früheren Verfassung zu Recht bestandenen Zehnt auf. Insbesondere scheint es der Intention des Gesetzgebers geradehin zu widersprechen, daß ein der Volksmeinung huldigendes Gesetz gerade denjenigen nicht zu statten kommen soll, in welchen sich diese Volksmeinung am entschiedensten ausgesprochen hat.

3) Ueber den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder wollen Einige das Gesetz entscheiden lassen, welches zur Zeit der angestellten Klage besteht, weil die Schenkung nicht von selbst ungültig sey, sondern erst durch die Widerrufsklage entkräftet werde, s. Weber

Digitized by Google

über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 107. und weil an diesen Erfolg die Partheien nicht gedacht haben, indem die Schenkung sonst unterblieben seyn würde, s. Meyer principes sur les questions transitoires p. 175. 177., dagegen v. Savigny im System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 442. bemerkt: der Schenker habe doch wohl erwartet, daß Undank werde vermieden werden, es müsse demnach, dem allgemeinen Grundsatz gemäß, die Zeit der Schenkung entscheiden, nicht die Zeit des späteren Ereignisses, noch weniger die Zeit der auf Widerruf angestellten Klage.

4) Die Zeit des Vertrags ist auch in Ansehung der Restitution gegen einen Vertrag entscheidend, nicht die des Restitutionsgesuches. Eben so ist nach der Zeit des Vertrags zu beurtheilen: die exc. dolio der metus, Sct. Vellejani, Macedoniani, non numeratae pecuniae.

5) Im Concurs sind, soweit es sich um die Rangordnung der einzelnen Gläubiger handelt, die Hypothekengläubiger zu beurtheilen nach dem Gesetz, welches zur Zeit der Entstehung ihres dinglichen Rechts bestand, die übrigen Gläubiger nach dem zur Zeit des ausgebrochenen Concurses bestehenden Gesetz; s. v. Savigny l. c. S. 446. Weber l. c. S. 167.

6) Erbverträge haben ganz die Natur von Verträgen überhaupt, und sind daher nach dem zur Zeit ihrer Abschließung geltenden Gesetze zu beurtheilen. Der Einwand, ein Erbvertrag gebe kein unbedingt erworbenes Recht, weil man stets ungewiß sey, wer den Andern überleben werde, s. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 98 ꝛc. ist ohne Bedeutung, weil bedingte Rechte, eben so wie unbedingte, wirkliche Rechte sind, und durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gegen den ungehörigen Einfluß neuer Gesetze geschützt sind; s. v. Savigny l. c. S. 492.

S. 37. Fr. 8. Die Regel: Kauf bricht Miethe ist zu beurtheilen nach dem Gesetz, welches zur Zeit des geschlossenen Miethvertrags besteht. Diese Ansicht rechtfertigt sich gegen die Meinung Webers über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 117., daß das im Zeitpunkt der angestellten Klage geltende Gesetz entscheiden müsse, durch die Erwägung, daß das Rechtsverhältniß zwischen Miether und Vermiether zur Zeit der Entstehung des Miethvertrags unabänderlich so bestimmt worden ist, daß sich der Miether den Folgen einer späteren Veräußerung unterwerfen mußte; s. v. Savigny System Bd. VIII. S. 441.

S. 40. Fr. 15. Die hier ausgesprochene Ansicht, daß die Zulässigkeit eines Ehescheidungsgrunds nicht nach den zur Zeit der eingegangenen Ehe bestandenen, sondern nach den zur Zeit der erhobenen Scheidungs-

Digitized by Google

klage bestehenden Gesetzen zu beurtheilen sey, wird von v. Savigny l. c. S. 495 u. 524. auch aus einem anderen Grund gerechtfertigt. Er argumentirt nemlich also: die Gesetze über die Ehescheidung haben sittliche Gründe und Zwecke, mithin eine zwingende Natur, sie gehören daher zu den Gesetzen über das Daseyn der Ehe. Solche Gesetze wirken augenblicklich auf die bestehenden Ehen ein; vgl. die im Eingang aus v. Savigny's System entnommenen Grundsätze.

Der hier aufgestellte Satz, daß die Anfechtung eines Verkaufs wegen Verletzung über die Hälfte, nach dem zur Zeit des Verkaufs und nicht nach dem zur Zeit der erhobenen Klage geltenden Gesetz zu beurtheilen sey, wird auch von v. Savigny im System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 440. gegen die abweichende Meinung Webers vertheidigt. S. 41. Fr. 20.

Ueber die Frage: wie ist der Ablauf der Verjährungszeit zu bestimmen, wenn während ihres Laufs ein neues Gesetz dazwischen tritt, welches die bisherige Verjährungsfrist abkürzt? sind die Ansichten verschieden; v. Struve über die Anwendung neuer Gesetze S. 268. erklärt sich ganz ungenügend. Puchta in s. Vorlesungen Bd. I. S. 226. sagt: „jura quaesita sind stets facta praeterita, die durch Anwendung des neuen Gesetzes nicht geschmälert werden dürfen. Daher schadet eine kürzere Verjährungsfrist dem Kläger nicht, (wenn der Gesetzgeber nicht selbst etwas anderes verordnet hat) denn er hat eine Klage mit dieser Dauer erworben (außerdem wäre das widersinnige Resultat möglich, daß die Klage im Moment des Gesetzes schon verjährt wäre). Aber nur dieß ist die Schranke; wo sie nicht im Weg steht, findet das Gesetz Anwendung, z. B. bei einer kürzeren Usucapionszeit, zum Nachtheil des Eigenthümers." Gegen letzteres hat von Scheurl in d. Beitr. z. Bearb. d. röm. Rechts H. I. S. 147. seine Stimme, und gewiß mit Recht erhoben, denn wie läßt sich ein solcher Widerspruch lösen, daß der Kläger dadurch, daß er eine Klage mit 30jähriger Dauer erworben hat, geschützt seyn soll, der Eigenthümer aber dadurch, daß er ein Recht von an sich unbeschränkter ewiger Dauer erworben hat, nicht geschützt seyn soll? Eine arbitraire Entscheidung wählt v. Vangerow in s. Pand. Bd. I. S. 49. ꝛc. nach dem Vorgang von Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 8ª u. Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft S. 36. dahin: daß die nach dem älteren Recht noch fehlende Zeit auf den Maasstab des neueren Gesetzes zurückzuführen sey, so daß, wenn das neue Gesetz die Zeit um die Hälfte verlängert oder verkürzt, die noch fehlende Verjährungszeit doppelt oder nur halb so lang zu laufen hat. Wären z. B. an der 30jährigen Verjährungszeit des alten Gesetzes S. 41. Fr. 22.

Digitized by Google

schon 20 oder 10 Jahre verflossen, also ¾ oder ½ der nöthigen Verjährungszeit, so wären die noch fehlenden ¼ oder ½ nach dem neuen Gesetz zu berechnen, folglich wenn dieses 15 Jahre zur Verjährung erfordern würde, noch 5. resp. 10 Jahre, nach Analogie der Nov. 119. c. 8. — Das mit dem 1. Juni 1794 in Gesetzeskraft getretene Preußische Landrecht bestimmt im Publicationspatent §. XVIII. „In Ansehung derjenigen Verjährungen, deren bisherige gesetzmäßige Frist mit dem 1. Juni 1794 noch nicht abgelaufen ist, sollen die Vorschriften des neuen Landrechts in allen Stücken befolgt werden. Sollte jedoch zur Vollendung einer schon vor dem 1. Juni 1794 angefangenen Verjährung in dem neuen Landrechte eine kürzere Frist als nach bisherigen Gesetzen vorgeschrieben seyn; so kann derjenige, welcher sich in einer solchen kürzeren Verjährung gründen will, die Frist derselben nur vom 1. Juni 1794 zu rechnen anfangen" Eben so entscheidet v. Savigny im System d. r. R. Bd. VIII. S. 431., indem er dem Erwerber die Wahl läßt, ob er das alte Gesetz anwenden will, oder das neue, doch so, daß er im letzteren Fall den Zeitraum erst vom Erlaß des neuen Gesetzes an berechnen darf; v. Scheurl l. c. S. 147. findet es zwar anstößig, jemanden die Wahl zwischen Anwendung eines abgeschafften oder eines geltenden Gesetzes auf seine Rechtsverhältnisse zu lassen, es scheint aber das Anstößige nur in der Wahl des Ausdrucks zu liegen, und gleichwohl in der angeführten gesetzlichen Bestimmung vielmehr die zweckmäßigste Einigung der Herrschaft zweier Gesetze, durch deren Zeiträume sich die Sache hindurchzieht, zu liegen. — Durch scharfsinnige Entwickelung gelangt übrigens der Verf. auf ein gleiches Resultat. Der Inhalt solcher Gesetze muß sich — heißt es l. c. S. 145. — meist in zwei Bestandtheile auflösen lassen, von denen der eine das bisherige Gesetz bejaht, der andere es verneint. Hieraus ergiebt sich, daß dann ein solches Gesetz immer theilweise bisher schon bestanden hat, in so fern nemlich das alte Gesetz mit jenem ersten Bestandtheil des neuen identisch war. So weit also dann das neue Gesetz einen concreten in Frage stehenden Zustand auf diese Weise wirklich schon im alten beherrscht hat, ist darauf nun natürlich ohne Verletzung unseres Princips (nemlich der nicht retroactiven Wirksamkeit) Rücksicht zu nehmen; aber auch nur so weit. Gar nicht also, wenn das neue Gesetz eine reine Verneinung der bisher geltenden Rechtsregel ist. — Nehmen wir an, ein neues Gesetz setze die Zeit für Ersitzung eines Rechts oder Verjährung einer Klage von 10 auf 5 Jahre herab. Beide Gesetze stimmen darin überein, daß 10jähriger Besitz oder 10jährige Unthätigkeit in Beziehung auf Anstellung

Digitized by Google

der Klage, Erwerbung des Rechts, Verlust der Klage zur Folge habe. Das neue Gesetz bejaht, daß 10 Jahre hinreichend, es verneint nur, daß sie nöthig seyen. Umgekehrt verneint das alte Gesetz, daß 5 Jahre nöthig, sondern nur, daß sie hinreichend seyen. Es muß also das neue Gesetz auf die bereits abgelaufene Besitz- oder Unthätigkeitszeit in der Art angewendet werden, daß nicht mehr gefordert wird, als eine Ergänzung derselben bis zu einem Zeitraum von 10 Jahren, aber auch nicht weniger, als entweder 10jährige Dauer des entscheidenden Zustandes im Ganzen, oder volle 5jährige Dauer desselben unter der Herrschaft des neuen Gesetzes. Z. B. der Besitz hat schon 7 Jahre gedauert; die Annahme, daß die Ersitzung vollendet sey, wäre unstatthafte Rückanwendung des neuen Gesetzes; es muß fortwährend für jene 7 Jahre nach der alten Regel gelten, daß sie nicht hinreichend waren. Dagegen läge in der Annahme der Nothwendigkeit eines von nun an noch 5 Jahre dauernden Besitzes eine Verkennung des Umstandes, daß in Beziehung auf das Genügen eines 10jährigen Besitzes gar keine Rechtsänderung eingetreten ist. Hat der Besitz dagegen nur 4 Jahre gedauert, so muß er jetzt noch volle 5 Jahre dauern; das Erforderniß 5jähriger Dauer im Gegensatz zum Erforderniß 10jähriger Dauer ist eine wirkliche Neuerung, welche nur auf einen ganz unter die Herrschaft der neuen Regel fallenden Zustand, nicht auf einen ihm vorausgegangenen angewendet werden kann.

Eine Veränderung der Gesetzgebung über die Intestaterbfolge kann unzweifelhaft nur dann einwirken, wenn sie vor dem Erbanfall eingetreten ist, und als Zeitpunkt des Erbanfalls an Intestaterben ist zu betrachten: S. 41. Fr. 23.

a) wenn kein Testament vorhanden ist, die Todeszeit des Erblassers;
b) wenn ein Testament vorhanden ist, der Zeitpunkt, in welchem es zur Gewißheit wird, daß eine testamentarische Erbfolge nicht eintritt.

Wenn nun aber im zweiten Fall ein neues Gesetz in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erscheint, so wird es zweifelhaft, welches Gesetz entscheide. Diejenigen, welche den Fall der Herrschaft des neuen Gesetzes unterwerfen, wie der bereits citirte Reinhardt, ingleichen Heise und Cropp juriſt. Abh. Bd. II. S. 123 ꝛc., 130 ꝛc. stützen sich darauf, daß die Delation der Erbschaft nur die Möglichkeit des Erwerbes gebe, dann aber nichts nütze, wenn die Bedingungen und Gründe des Erbrechts nicht bis zur vollendeten Acquisition fortdauern, mithin das alte Gesetz bis zur wirklichen Erwerbung des Nachlasses fortgedauert haben müßte, um anwendbar zu seyn. — Dagegen ist schon früher erinnert worden, daß

Digitized by Google

der Grundsatz: „sämmtliche Eigenschaften und Wirkungen eines Verhältnisses müssen als Folgen seines ersten factischen Anfanges betrachtet, und nach den zu dieser Zeit bestehenden Rechtsnormen beurtheilt werden," in so vielen römischen Gesetzen ausgeprägt ist, daß die Zulässigkeit der Bildung einer allgemeinen Regel, „wonach ein neues Gesetz nicht die Wirksamkeit haben könne, die durch specielle Verhältnisse begründeten Erwartungen des älteren Rechts zu vernichten," nicht zweifelhaft scheint; s. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze §. 19. Schweppe, röm. Privatr. Bd. I. §. 8. und noch überzeugender rechtfertigt v. Savigny im System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 489 ꝛc. den Grundsatz: daß ein nach dem Erbanfall erlassenes Gesetz keinen Einfluß haben könne, selbst wenn es in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erschien, indem er sagt: „durch den bloßen Anfall der Erbschaft ist dem berufenen Erben ein wirkliches Recht in der That schon erworben, und zwar ohne sein Zuthun, selbst ohne sein Wissen: das ausschließende Recht nemlich, die deferirte Erbschaft anzutreten, und dadurch in sein Vermögen zu verwandeln, oder aber nach Gutdünken auszuschlagen. Dieses ist ein wahres, erworbenes Recht, eben so sehr, wie jedes andere durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung gegen ungehörige Einwirkung neuer Gesetze geschützt, also von einer bloßen Erwartung durchaus verschieden; nur freilich ein Recht ganz anderer Art, und geringeren Umfangs, als das, welches nachher durch den Antritt der Erbschaft entsteht, und wodurch ein bisher fremdes Vermögen in eigenes Vermögen des Erben unmittelbar verwandelt wird."

S. 42. Fr. 24. Für die Meinung, daß, wenn ein neues Gesetz die früher auf das 21jährige Alter festgesetzte Volljährigkeit erst mit 25 Jahren eintreten läßt, der 21jährige Mensch wieder minderjährig werde, ist auch anzuführen: **Meyer principes sur les questions transitoires p. 97. u. 98.** Günther in Weiske's Rechtslexicon Bd. IV. S. 727. Ersterer führt auch dafür übereinstimmende Urtheile der Gerichtshöfe von Nismes und Turin an. Der entgegengesetzten Meinung ist v. Vangerow Pandekten Bd. I. S. 49. und v. Savigny System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 415., weil die durch die Volljährigkeit erlangte Selbstständigkeit die Natur eines erworbenen Rechts habe, mithin die einmal gesetzmäßig erfolgte Freisprechung von der Vormundschaft unabänderlich bleiben müsse. cf. Nov. 66. c. 1. §. 5. **Erit namque absurdum, ut, quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur.**

Digitized by Google

Oertliche Begrenzung der Gesetze.

Es dürfte nicht überflüssig seyn, in dieser verwickelten Materie die Ergebnisse der späteren Literatur nachzutragen, und insbesondere v. Savigny's Bearbeitung (in s. System Bd. VIII.) mit den abweichenden Ansichten Anderer in Vergleichung zu setzen. S. 50. Fr. 16.

Bekanntlich ist jede Rechtsnorm in ihrer Herrschaft auf ein örtliches Gebiet (Rechtsgebiet) beschränkt.

Die Mannichfaltigkeit der positiven Rechte erzeugt das Bedürfniß, für jedes positive Recht das Gebiet seiner Herrschaft zu bestimmen, d. h. die Grenzen zu ziehen zwischen den verschiedenen positiven Rechten gegen einander.

Die Rechtsnormen können zum Gegenstand haben:

I. die Personen an sich selbst, die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit derselben, oder die Bedingungen, unter welchen sie Rechte haben und erwerben können.

II. Die Rechtsverhältnisse
   1) Rechte an bestimmten Sachen.
   2) Obligationen.
   3) Rechte an einem ganzen Vermögen, als einem idealen Gegenstand von unbestimmtem Umfang (Erbrecht.)
   4) Familienrecht.

Der Richter hat auf alle materiellen Rechtsverhältnisse in der Regel dasjenige örtliche Recht anzuwenden, dem das streitige Rechtsverhältniß seiner Natur nach angehört, ohne Unterschied, ob dieses örtliche Recht das einheimische Recht dieses Richters, oder das Recht eines fremden Staates seyn mag. Ausnahmsweise muß jedoch jenes örtliche Recht dem einheimischen Recht des Richters weichen, wenn dieses irgend ein Rechtsinstitut*) eines fremden Staates gar nicht anerkennt, oder dem auswärtigen Recht solche einheimische Gesetze entgegenstehen, welche streng positiver, zwingender Natur sind, insbesondere welche mehr einen politischen, einen polizeilichen oder einen volkswirthschaftlichen Charakter an sich tragen**).

---

*) Z. B. Polygamie, Sclaverei, oder die nur aus dem Ketzerrecht, oder aus dem bürgerlichen Tod des Französischen und Russischen Rechts hervorgehende Rechtsunfähigkeit.

**) Z. B. Gesetze, welche die Erwerbsfähigkeit kirchlicher Institute (der todten Hand) einschränken, oder die Juden für unfähig zum Erwerb von Grundeigenthum erklären, oder ihnen nur unter gewissen sehr beschränkenden Bedingungen Schuldforderungen zu erwerben gestatten.

Digitized by Google

Zu I. In Ansehung des Zustandes der Person (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit) leidet es wohl keinen Zweifel, daß derjenige, welcher an einem Ort seinen Wohnsitz*) erwählt, sich dem Recht dieses Orts freiwillig unterworfen hat, seine Wahl mag nun entweder unmittelbar auf diesen Wohnort gefallen oder indirect dahin determinirt seyn, wie denn für den Staatsdiener oder Soldaten der Ort des Dienstes, für den Verbannten der Ort der Verbannung den

*) Wenn demnach der Wohnsitz als regelmäßiger Bestimmungsgrund für das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne als seinem persönlichen Rechte untergeordnet ist, betrachtet werden muß, so bedarf es noch einer besonderen Lösung der Fragen, was soll gelten:

a) Wenn die Person einen mehrfachen Wohnsitz hat?
v. Savigny l. c. S. 101 erklärt sich abweichend von den in unserem 1. Bd. S. 56. lit. b. angeführten Meinungen für denjenigen Ort, an welchem zuerst der Wohnsitz ergriffen war, weil es an einem hinreichenden Grund fehle, in dem örtlichen Recht, das die Person einmal begründet hat, eine Aenderung anzunehmen.

b) Wenn die Person gegenwärtig gar keinen Wohnsitz hat? — Hatte sie früher erweislich einen Wohnsitz, denselben aber aufgegeben, so ist dieser frühere Wohnsitz als Bestimmungsgrund für ihr örtliches Recht anzunehmen, denn es ist in diesem Fall gewiß um so weniger ein hinreichender Grund zur Annahme einer Aenderung vorhanden; s. v. Savigny l. c. S. 102.

c) Wenn sie niemals einen Wohnsitz errichtet hatte? Dann muß man auf den Zeitpunkt zurückgehen, in welchem sie ohne eigene Wahl einen Wohnsitz hatte. Dieser ist der Zeitpunkt der Geburt, in welchem der Wohnsitz des ehelichen Kindes mit dem Wohnsitz zusammenfällt, den zu dieser Zeit der Vater hat. v. Savigny l. c. Voet Comm. L. V. Tit. I. §. 92. (also nicht der zufällige Geburtsort des Kindes) und wenn auch der Wohnsitz des Vaters nicht ausgemittelt werden kann, so muß der zeitliche Aufenthalt der Person, also für die Erbfolge der Ort, wo sie gestorben ist, gelten; vergl. Bd. I. S. 252. Fr. 6. 7. 9. 10.

d) Wenn die Person ihren Wohnsitz verändert hat, so gilt in der Regel der spätere. Z. B. wer nach dem Gesetz seines früheren Domicils erst mit 24 Jahren majorenn ward, ist, nachdem er in ein Land übergesiedelt ist, wo die Minderjährigkeit schon mit 21 Jahren endigt, augenblicklich volljährig geworden. Anderes ist es jedoch nach v. Savigny l. c. S. 168 und v. Bangerow Pand. Bd. I. S. 49 im umgewandten Fall; da kann der 21jährige Mensch nicht, wie Günther in Weiske's Rechtslexicon Bd. IV. S. 727 annimmt, wieder minderjährig werden, wenn er in ein Land zieht, wo man die Volljährigkeit erst mit 24 Jahren erreicht, denn die durch die Volljährigkeit erlangte Selbstständigkeit hat die Natur eines erworbenen Rechts, welches eben so wenig wieder entzogen werden kann, wie wenn er es per veniam aetatis erlangt hätte.

Digitized by Google

nothwendigen Wohnsitz bildet, Ehefrauen dem Wohnsitz des Mannes, eheliche Kinder dem des Vaters, Dienstboten dem des Dienstherrn anhangen.

Für juristische Personen muß der Wohnsitz analog bestimmt werden, und zuweilen kann sogar eine specielle Feststellung desselben besonders zur Begründung des Gerichtsstandes nothwendig werden, z. B. für Kanal-, Dampffschiffahrts-, Eisenbahn-Gesellschaften u. dgl.

Der aufgestellte Grundsatz: daß der persönliche Zustand an sich, der vorzugsweise in der Handlungsfähigkeit besteht, nach dem an dem Wohnsitz der Person geltenden örtlichen Recht beurtheilt werden müsse, ist zwar ziemlich allgemein anerkannt, da er aber in der Durchführung hie und da auf praktische Schwierigkeiten stößt, so haben mehrere Rechtsgelehrte, wie von uns bereits im Bd. I. S. 52—55 bemerkt wurde, Einschränkungen desselben versucht. Einige, z. B. Mittermaier und Wächter a. a. O. unterscheiden das bloße Dasein der rechtlichen Eigenschaften einer Person an sich, und die rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften. Z. B. ob Jemand minderjährig sey oder nicht, soll zu beurtheilen seyn nach dem Recht des Wohnsitzes, dagegen die rechtlichen Wirkungen der Minderjährigkeit, nämlich die Rechte und Beschränkungen des Minderjährigen sollen nicht nach dem Recht des Wohnsitzes beurtheilt werden. Darüber aber, welches andere örtliche Recht, als das des Wohnsitzes dann anzuwenden sey, theilen sich abermals die Stimmen. Einige unterstellten, wenn von unbeweglichem Vermögen die Rede war, die Realstatuten, so daß also eine und dieselbe Person ganz verschiedene Handlungsfähigkeit haben könnte, in Ansehung ihrer auswärtigen Grundstücke, und in Ansehung ihres übrigen Vermögens. Andere wollen das Recht des Ortes, an welchem ein Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, entscheiden lassen; s. Wächter l. c. S. 163. Wieder anderer Meinung ist Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 30., welcher sich für das örtliche Recht des in jedem einzelnen Falle urtheilenden Richters erklärt.

Von manchen Seiten wird ein Unterschied behauptet zwischen einer allgemeinen und besonderen Fähigkeit und Unfähigkeit zu juristischen Handlungen. Die erste soll sich auf Rechtsgeschäfte aller Art beziehen, und dabei soll das örtliche Recht des Wohnsitzes zur Anwendung kommen; die zweite soll nur auf bestimmte einzelne Rechtsgeschäfte gehen, und dabei soll nicht das Recht des Wohnsitzes anwendbar seyn, sondern dasjenige örtliche Recht, in dessen Gebiet das einzelne Rechtsgeschäft vorgenommen wird *).

*) Demnach würde die in einem fremden Lande von einer Frau, an deren Wohnsitz römisches Recht gilt, übernommene Bürgschaft nicht ungültig seyn,

Digitized by Google

Die Verwerflichkeit aller dieser Unterscheidungen, durch welche der oben aufgestellte Grundsatz in seiner Anwendung beschränkt werden soll, zeigt v. Savigny auf eine gewiß überzeugende Weise, l. c. S. 136. Ein jeder soll vielmehr in seinen persönlichen Zuständen stets nach dem Recht seines Wohnsitzes beurtheilt werden, ohne Unterschied, ob die persönliche Eigenschaft an sich, z. B. Alter, weibliches Geschlecht u. dgl. oder die rechtliche Wirkung dieser Eigenschaft beurtheilt werden soll, und auch ohne Unterschied, ob darüber im Inland oder im Ausland geurtheilt werde. Im Verhältniß zum Ausland erkennt auch die deutsche Wechselordnung v. 27. Nov. 1848 Art. 1. den hier aufgestellten Grundsatz an, daß die persönliche Fähigkeit nach dem Wohnsitz jedes Verpflichteten zu beurtheilen ist, nur mit der sehr zweckmäßigen praktischen Erleichterung, daß Der, welcher im Auslande eine Wechselverpflichtung eingeht, vom Gericht dieses Landes als wechselfähig zu behandeln ist, wenn ihn auch nur das Gesetz dieses Landes als fähig annimmt.

Zweifelhaft scheint der Fall einer Prodigalitätserklärung. Betrachtet man dieselbe so, daß man in ihr den Ausspruch findet, es leide der wegen seiner Verschwendung Bevormundete an einer Art von Seelenstörung, die ihn unfähig mache, seine Geschäfte vernünftig zu besorgen, so würde hier ein Mangel an natürlicher Rechtsfähigkeit vorliegen, und es müßte der unter Curatel Gesetzte auch im Auslande für unfähig gelten, Geschäfte zu machen. So entschied das Appellationsgericht in Dresden; s. Schwarze und Heyne Untersuchung prakt. wichtiger Materien aus dem Gebiete des im Königr. Sachsen geltenden Rechts. S. 331. Damit stimmen überein: Hommel Obs. 409. Tittmann de competentia leg. extern. p. 37. 52. Hänsel Excurse zu Curtius Abth. III. S. 498. Kritz Rechtsfälle Th. I. S. 125. Anderer Meinung ist Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 729, indem er die Prodigalitätserklärung bloß als eine polizeiliche Maasregel betrachtet, durch welche verhindert werden soll, daß ein leichtsinniger Mensch, der das Seinige verschwendet, nicht dereinst den Seinigen oder dem Staat zur Last falle, weshalb ihre Wirkung sich unmöglich über die Grenzen des Staats hinaus erstrecken könne, von welchem sie ausgegangen ist. v. Savigny erkennt keine anderen Ausnahmen von dem aufgestellten Princip an, als diejenigen, welche oben im Ein-

wenn am Ort des geschlossenen Vertrags römisches Recht nicht gilt. Das Sct. Vellej. ist aber doch ein reines Personalstatut, die durch dasselbe an einen bestimmten Zustand geknüpfte Unfähigkeit muß also nothwendig dieselbe bleiben, wo immer die damit behaftete Person das Rechtsgeschäft vorgenommen haben mag.

Digitized by Google

gange und dessen Anmerkungen bezeichnet wurden. Er gesteht zwar Fälle zu, in welchen die Anwendbarkeit des Princips allerdings verneint werden muß, wo aber der Grund der Verneinung blos darin liegt, daß in ihnen gar nicht von der Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit die Rede ist, wodurch also dem Princip kein Eintrag geschieht.

Wenn z. B. in Betreff gewisser eigenthümlicher Rechte, welche in manchen Ländern der Adel in Erwerbung von Grundeigenthum oder in der Erbfolge hat, die Frage aufgeworfen wird, ob sie blos dem einheimischen oder auch dem auswärtigen Adel zustehen sollen, so liegt die Beantwortung außer den Grenzen der Lehre von der Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit, denn sie hängt blos von dem Inhalt der das Privilegium begründenden Rechtsnormen ab, und kann nicht aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entschieden werden. — Privilegien im Concurs gehören eben so wenig hieher, sondern zur Lehre von Concurs. Restitution wegen Minderjährigkeit war zwar ursprünglich aufgefaßt als eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, sie hat aber diesen Charakter verloren, seitdem die Restitution auch auf die Handlungen der Curatoren angewendet worden ist*), sie gehört also nun auch nicht mehr hieher, zu der Einschränkung der Handlungsfähigkeit, muß vielmehr in Ansehung des anwendbaren örtlichen Rechts ganz ebenso, wie andere Anfechtungsgründe der Rechtsgeschäfte behandelt werden. — Der gesetzliche Schutz der Minderjährigen gegen alle Klagverjährungen hat keine Verbindung mit der Handlungsfähigkeit, ist also in Ansehung des örtlichen Rechts nicht nach den für die Handlungsfähigkeit aufgestellten Regeln, sondern nach den für die Klagverjährung geltenden Regeln zu beurtheilen.

Zu II. 1) Sachenrecht. Vgl. Bd. I. S. 68 ꝛc. lit. F. G.

Gleichwie für die persönlichen Zustände die lex domicilii, so ist für das Recht an Sachen, ohne Rücksicht, ob einheimische oder fremde Personen zu diesen Sachen in Verbindung treten mögen, lex rei sitae durch die freiwillige Unterwerfung normirend. Hinsichtlich der unbeweglichen Sachen ist dies ganz zweifelsfrei, denn indem man sich zu ihnen begiebt, unterwirft man sich freiwillig dem örtlichen Recht. Hin-

*) Diese Behauptung v. Savigny's dürfte großem Bedenken unterliegen, denn der Grund, warum Minderjährige auch gegen Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter restituirt werden, liegt ja immer darin, daß das Gesetz ihre eigene Handlungsfähigkeit beschränkt, ist also dem Personalstatut angehörig, und ist nur eine ausgedehnte Schutzmaasregel der Person. — Richtig bleibt es aber immerhin, daß der Richter das privilegium rest. nur innerhalb der ihm von seinem Gesetzgeber bestimmten Grenzen ertheilen könne; s. Wächter Bd. XXV. l. c. S. 174 u. 179.

Digitized by Google

sichtlich beweglicher Sachen ist die Behauptung wegen deren immerwährender Wandelbarkeit in so ferne sie nicht von ihrem Besitzer eine Bestimmung erhalten haben, welche sie an einen bleibenden Aufenthalt fest bindet, z. B. ein Hausmobiliar, das Inventar eines Landguts, eine Bibliothek, Kunstsammlung u. dgl. sehr bedenklich. Es kann auch hier nicht, wie bei Immobilien, gesagt werden, man begebe sich zu ihnen, sondern man zieht sie an sich, daher der alte Spruch: **mobilia ossibus inhaerent.** Gleichwohl will v. Savigny l. c. S. 181. das ziemlich allgemein angenommene Recht des Wohnsitzes der Person hier nur Ausnahmsweise in solchen Fällen gelten lassen, wo die Sache durchaus gar nicht an einem Ort haftet, wie bei den auf der Route befindlichen Frachtwaaren, Reisegepäck u. dgl., und ob zu diesen Ausnahmsfällen auch derjenige zu rechnen sey, wenn jemand an einem andern Ort als an seinem Wohnsitz Waaren auf unbestimmte Zeit aufbewahren läßt, oder an einem fremden Ort Reisegeräthe bei einem vorübergehenden Aufenthalt des Besitzers sich befindet, soll nach seiner Meinung nicht blos von dem längern oder kürzeren Aufenthalt solcher Sachen, sondern auch von der Natur der Rechtsregel abhängen, deren Anwendbarkeit gerade in Frage gestellt wird, z. B. für die Frage nach der Form der Veräußerung möchte auch schon ein sehr kurzer Aufenthalt an einem bestimmten Ort hinreichen, um das örtliche Recht der gelegenen Sache anwendbar zu machen, anstatt daß die Ersitzung vielleicht anders anzusehen seyn wird; s. v. Savigny l. c. S. 181. Außer den von uns im Bd. I. S. 69. lit. G. angeführten Schriftstellern, besonders Wächter im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 292 u. XXV. S. 199 u. 383 stimmt auch **Foelix du conflit des loix etc. §. 2. S. 216** mit v. Savigny's Ansicht überein, indem er die **lex domicilii** nur Ausnahmsweise gelten läßt, wo, wie bei der Intestatsuccession die Mobilien in genauer Beziehung zur Person des Eigenthümers stehen, und nur als ein **Accessorium** des Eigenthümers erscheinen.

v. Savigny verwirft die entgegengesetzte ziemlich allgemein anerkannte Meinung deshalb, weil er einen inneren Grund vermißt, die dinglichen Rechte an beweglichen Dingen nach einem anderen Recht zu beurtheilen, als die an unbeweglichen, allein die wesentlich verschiedene Natur beider ist wohl nicht zu verkennen, und wer, wie v. Savigny und seine Meinungsgenossen so viele Ausnahmen von seiner Regel und so schwierige Modificationen zu machen sich genöthiget findet, muß sie nothwendig fühlen. Man hat von jeher das Bedürfniß erkannt, die beweglichen Sachen vielmehr an das Stetige, nämlich an die Person des Gewalthabers zu knüpfen, anstatt sie als etwas für sich Bestehendes, Selbst-

Digitized by Google

ständiges behandeln zu wollen, und so unterwerfen auch die bedeutendsten Gesetzbücher der neueren Zeit die beweglichen Sachen dem Gesetz des Domicils, z. B. das Preußische und Oesterreichische, implicite auch das Französische, nicht aber der Bayerische Codex civilis P. I. C. II. §. 17.

A. Eigenthum.

Auch hier muß der von Einigen gemachte Unterschied zwischen Eigenschaften der Person und rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften verworfen, vielmehr die Fähigkeit Eigenthum zu erwerben, da sie nur einen einzelnen Zweig der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit bildet, nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes beurtheilt werden, nur gilt auch hier die im Eingang im Allgemeinen angedeutete Ausnahme zu Gunsten des Real-Statuts oder der lex rei sitae, wenn dieses streng positiver zwingender Natur ist, wie die Gesetze, welche einen polizeilichen Charakter haben.

Ueber die Frage, was zur gültigen Veräußerung von Immobilien eines Minderjährigen gehört, haben nicht die Gesetze des Orts der gelegenen Sache, sondern des Landes, wo der Minderjährige seinen Wohnsitz hatte, und wo die Vormundschaft geführt wurde, zu entscheiden; s. v. Savigny l. c. S. 182. Archiv f. d. Civil- und Criminalr. d. k. Preußischen Rheinprovinzen. Neue Folge. Bd. 47. H. I. Abth. 2. S. 46 u. 52.

Die Fähigkeit einer Sache, dem Privateigenthum unterworfen zu werden, in commercis esse, ist unzweifelhaft nach dem Gesetz des Orts, an welchem sie liegt, zu beurtheilen, und das nach diesem Gesetz erworbene Eigenthum muß auch in jedem anderen Staat anerkannt werden.

Eben so die Occupation herrenloser Sachen.

Ueber die Formen der Veräußerung entscheidet das Gesetz des Orts, an welchem sich die Sache zur Zeit der Eigenthumsübertragung befindet. Ein augenblicklicher Aufenthalt kann da freilich nichts entscheiden, sondern vielmehr der Ort, wo die Sachen zunächst zu bleiben bestimmt sind, was häufig der Wohnsitz des gegenwärtigen Eigenthümers (des Veräußerers) seyn wird; s. v. Savigny l. c. S. 185. Bei Veräußerung von Kaufmannswaaren kommt die rechtliche Wirkung der Connossemente und der Aufsetzung des kaufmännischen Zeichens in Betracht. Vgl. Bd. I. S. 19. Fr. 7. lit. b. und Bd. II. Abth. II. S. 126. Fr. 6. Thöl Handelsrecht §. 79. 80.

Der Erwerb durch Ersitzung ist bei unbeweglichen Sachen unstreitig nach der lex rei sitae zu beurtheilen, bei beweglichen nicht unbe-

Digitized by Google

ſtritten, da aber der fortwährende Beſitz die Grundlage aller Erſitzung iſt, und der Beſitz als ein ſeinem Weſen nach ganz thatſächliches Verhältniß noch unzweifelhafter als jedes dingliche Recht nach der lex rei sitae zu beurtheilen iſt, ſo ſtimmt auch v. Savigny l. c. S. 186. der dafür von uns im Bd. I. S. 72 ꝛc. lit. x. ausgeſprochenen Meinung bei, und urtheilt über den Fall, wenn die Sache während der Erſitzungszeit innerhalb verſchiedener Landgebiete geweſen iſt, dahin, daß alle dieſe Zeiten des Beſitzes zuſammengerechnet werden müſſen, der Ablauf der Erſitzung aber, alſo der vollendete Erwerb des Eigenthums nach dem Recht des Orts, an welchem ſich die Sache zuletzt befindet, zu beurtheilen ſey. — Abweichend iſt Schäffner in d. Entwickelung des internationalen Privatr. §. 34., indem er, was die Verjährung einer beweglichen Sache betrifft, auf die Geſetze desjenigen Landes geſehen wiſſen will, wo ſich zuerſt eine Thatſache verwirklicht hat, welche die Fähigkeit zur Verjährung entweder conſtituirt oder nicht duldet. Das Unpraktiſche dieſes Satzes iſt von dem Recenſenten dieſes Werks in der Allg. Lit. Ztg. v. J. 1843. Nr. 152. überzeugend dargelegt.

Die Verfolgung des Eigenthums durch Klage ſammt allen Nebenfragen iſt nach dem Recht des Orts, wo der Proceß geführt wird, zu beurtheilen. Dieſes kann der Ort der gelegenen Sache ſeyn, wegen des an dieſem Ort begründeten Gerichtsſtandes, alsdann iſt die lex rei sitae anwendbar. Es kann aber auch der Wohnſitz des Beklagten ſeyn, wegen der electiven Concurrenz dieſes fori, und dann wäre die lex domicilii des Beklagten anzuwenden; ſ. v. Savigny l. c. S. 187. Dagegen wird in Seuffert u. Glücks Blättern f. Rechtsanwend. Bd. XIV. S. 411 eingewendet, daß zwar bezüglich der Proceßrechtlichen Fragen v. Savigny's Grundſatz nicht zu beſtreiten, aber hinſichtlich der materiellen Bedingungen nicht zuzugeſtehen, ſondern lex rei sitae zum Grund zu legen ſey. Z. B. wer eine unter der Herrſchaft des Preuß. Landr. liegende Sache erworben hat, unterwarf ſich damit der Vorſchrift des Landr. Th. I. Tit. 15. §. 1. u. 26., welche die Vindication gegen den redlichen Beſitzer durch Erſtattung des von dieſem Ausgelegten bedingt. Es kann nicht in der Willkühr des Vindicanten liegen, die Anwendung dieſer Vorſchrift dadurch auszuſchließen, daß er den Beſitzer bei dem Gericht ſeines Wohnorts belangt, wo römiſches Recht gilt, nach welchem, ſ. l. 3. 23. C. 3. 32., in der Regel kein Anſpruch auf Erſatz des Kaufpreiſes gilt, denn v. Savigny ſpricht es doch ſelbſt aus, daß, wer an einer Sache ein Recht erwerben, haben, ausüben will, ſich dafür der lex rei sitae unterwirft.

Digitized by Google

B. jura in re.

In Ansehung der Prädialservituten, sowie der persönlichen Servituten, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, entscheidet unstreitig die lex rei sitae, eben so über Emphyteuse und Superficies. In Ansehung beweglicher Sachen, waltet der oben in Ansehung des Sachenrechts im Allgemeinen erwähnte Streit ob, indem sich die Meinungen zwischen der lex domicilii und der lex rei sitae theilen.

Für das Pfandrecht muß das örtliche Recht der gelegenen Sache als Regel festgehalten werden. Davon glaubt zwar Meißner v. stillschw. Pfandr. §. 24., wie bereits im Bd. I. S. 68. Fr. 6. erwähnt wurde, eine Ausnahme machen zu müssen, wenn das Vermögen als universitas Gegenstand des Pfandrechts sey, welchenfalls die Gesetze des Wohnorts zu entscheiden hätten. Man würde aber wohl irren, wie v. Savigny l. c. S. 192. bemerkt, wenn man unter der hypotheca omnium bonorum sich eine universitas vorstellen wollte, denn darin liegt nur eine indirecte Bezeichnung und Begrenzung der Gegenstände, die als einzelne Sachen mit dem Pfandrecht behaftet seyn sollen.

C. Der Besitz kann seiner Natur nach nur dem örtlichen Recht der gelegenen Sache unterworfen seyn, daher auch die bei den nach ihrer delictartigen Natur dem örtlichen Gesetz des Proceßrichters unterworfenen possessorischen Interdicten vorkommende Frage nach dem Dasein und der Anerkennung des Besitzes; s. v. Savigny l. c. S. 199.

Zu II. 2) Obligationenrecht. Zufolge seines Princips, bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufzusuchen, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner Natur nach angehört, oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat), findet v. Savigny als Sitz der Obligation zunächst den Ort ihrer Erfüllung, an welchen sich auch der Gerichtsstand der Obligation *) knüpft. Die Meinungen der Rechtsgelehrten theilen sich haupt-

*) Jedoch bekanntlich ohne den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnorts auszuschließen, l. 19. §. 4. D. 5. 1., wo gelesen werden muß: habeat statt habuit, s. v. Savigny l. c. S. 241. und mit der Maasgabe, daß der besondere Gerichtsstand der Obligation, welcher übrigens immer voraussetzt, daß der Schuldner in diesem Gerichtssprengel entweder anwesend sey, oder Vermögensstücke besitze, in der Regel nur für die auf Erfüllung der Obligation gerichteten Klagen begründet ist, und nur Ausnahmsweise für die die Auflösung derselben bezweckenden Klagen alsdann, wenn die Auflösung einer durch

Digitized by Google

sächlich zwischen dem Entstehungsort und dem Erfüllungsort. Die Meisten betrachten den Entstehungsort (ubi quis contraxit) als den eigentlichen Sitz der Obligation, und folglich auch des auf sie anwendbaren örtlichen Rechts, nach l. 6. D. 21. 2. u. l. 34. D. 50. 17. Manche auch sogar dann, wenn für deren Erfüllung ein gewisser Ort von den Contrahenten bestimmt worden war.*) — Daß es für jede Obligation einen bestimmten Erfüllungsort gebe, indem in Ermangelung eines bestimmten Willens der Partheien das Gesetz für einen bestimmten Erfüllungsort gesorgt habe, läugnet v. Savigny l. c. S. 228., denn die gesetzliche Regel in l. 1. D. 33. 1. — l. 38. D. 5. 1. — l. 47. §. 1. D. de legat (30.) l. 4. D. 13. 3. — l. 22. D. 12. 1. laute dahin, daß in Ermangelung eines vertragsmäßigen Erfüllungsorts der Schuldner erfüllen muß da wo er verklagt wird, ubi petitur, also an jedem Ort, wo der Kläger einen Gerichtsstand findet, den der Beklagte anerkennen muß. Hiernach sey nicht der Erfüllungsort das Bestimmende, sondern vielmehr vom Gerichtsstand abhängig. Es sey nur eine exceptionelle Vorschrift, daß der Schuldner einer individuell bestimmten beweglichen Sache, certa species, durch die Uebergabe an dem Ort, wo sich gerade zufällig jetzt die Sache befindet, sich liberiren kann, sie sey zur Erleichterung des Schuldners aus billiger Rücksicht gegeben, und zwar nur bei Klagen aus b. f. Contracten l. 12. §. 1. D. 16. 3. oder aus einem Testament auf Entrichtung eines Legats l. 38. D. 5. 1. — l. 47. pr. §. 1. D. de legat (30.) bei Klagen in rem, namentlich der Eigenthumsklage und bei der act. ad exhibend. l. 10 — 12. D. 6. 1. — l. 11.

Vertrag begründeten Obligation aus einem diesem Vertrag beigefügten Nebenvertrag abgeleitet wird.

Wir haben es zwar eigentlich hier nur mit der Frage über das örtliche Recht der Obligation zu thun, aber wegen des inneren Zusammenhanges zwischen diesem und dem Gerichtsstand der Obligationen scheint diese Digression nicht überflüssig, indem dieselbe präsumtive Unterwerfung, welche den Sitz der Obligation und mit ihm den Gerichtsstand bestimmt, auch für das anwendbare örtliche Recht als bestimmend anerkannt werden muß; s. v. Savigny S. 246.

*) Was doch wohl gegen die Bestimmungen der l. 21. D. 44. 7. u. l. 1—3. D. 42. 5. anstößt, und wogegen aus l. 6. D. 21. 2. kaum ein Zweifel wird erhoben werden können, wenn man mit deren Worten: si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum, est, pro evictione caveri oportet die Worte der beiden andern angeführten Gesetzstellen zusammenhält; contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.

Digitized by Google

§. 1 D. 10. 4. — Aus diesen exceptionellen, den Schuldner nicht einmal bindenden Vorschriften, welche aber sogar durch seinen dolus ausgeschlossen werden können, lasse sich eben so wenig ein allgemeiner Rechtsgrundsatz über den Gerichtsstand und über einen gesetzlichen Erfüllungsort der Obligation ableiten, als aus der Vorschrift, welche zum Vortheil des aus Erbschaftsschulden belangten Fideicommißerben bestimmt, daß er sie nur da zu entrichten braucht, wo der größere Theil der Erbschaft liegt. — v. Savigny läßt die herrschende Meinung, welche das anwendbare örtliche Recht an den Ort der obligatorischen Handlung knüpft, nur in so weit gelten, als eben auch da die Erfüllung derselben entweder nach ausdrücklicher Bestimmung der Contrahenten oder der Natur der Sache nach zu erwarten war, und statuirt hienach folgende Regeln: das örtliche Recht der Obligation ist begründet

I. wenn die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort hat, an diesem Erfüllungsort.*)

Der Ort der Erfüllung kann entweder ausdrücklich bestimmt sein, oder auch der Natur der Sache nach von der Art sein, daß ein anderer Ort der Erfüllung gar nicht gedacht werden kann, wie denn z. B. bei einem Immobilienverkauf die Besitzübertragung (also die Erfüllung des Vertrags) nur da möglich ist, wo die Sache liegt;

II. wenn die Obligation hervorgegangen ist aus einer fortlaufenden Geschäftsführung des Schuldners, an dem Ort, an welchem diese Geschäftsführung ihren bleibenden Sitz hat.

Bei Obligationen, die aus einer fortgesetzten zusammenhängenden Thätigkeit des Verpflichteten entstehen, einer Thätigkeit, die stets einen längeren Zeitraum erfüllt, und zugleich mit einer bestimmten Oertlichkeit in Verbindung steht (Curatel-General-Mandat, Geschäftsführung ꝛc.) fällt es in die Augen, daß die Erwartung der Erfüllung auf den bleibenden Sitz dieses Geschäfts gerichtet war;

III. wenn die Obligation entstanden ist aus einer einzelnen Handlung des Schuldners an dessen Wohnsitz, an dem Ort dieser Handlung, so daß die spätere Aenderung des Wohnsitzes hierin Nichts ändert;

---

*) So richtet sich bei Wechselverbindlichkeiten — abgesehen von der persönlichen Fähigkeit des Wechselverpflichteten — Alles, was in Bezug auf die Ausstellung, namentlich auf den Inhalt, die ausdrückliche Bezeichnung als Wechsel, die Form der Giri, die Acceptation u. s. w. in einem Lande vorgeschrieben ist, nach den Gesetzen des Landes, wo der Wechsel geltend gemacht werden soll; s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. 8. 741. vgl. das in Seufferts Archiv Bd. II. No. 121. ersichtliche Urtheil des Revisionshofs zu Berlin 1844.

Digitized by Google

IV. wenn die Obligation aus einer einzelnen Handlung des Schuldners *ausser dessen Wohnsitz*, aber unter solchen Umständen entstanden ist, welche ebendaselbst, wo die Handlung vorgenommen worden ist, ihre Erfüllung erwarten lassen, an dem Ort dieser Handlung;

z. B. wenn jemand außer seinem Wohnsitz ein gewerbliches Geschäft von einiger Dauer betreibt, und dabei solche Einrichtungen trifft, aus welchen abzunehmen ist, er werde die Waaren, welche er am Orte jenes Geschäfts verkauft, auch ebendaselbst abliefern; l. 19. §. 2. D. 5. 1. oder sonst die Umstände darauf schließen lassen, an welchem Ort die Erfüllung beabsichtet war, z. B. wenn jemand bei einem ein längeres Verweilen mit sich bringenden Geschäftsaufenthalt oder einem Badeaufenthalt Schulden für seinen Lebensbedarf macht, nicht aber, wenn er da einen Vertrag über ein Handelsgeschäft schließt, dessen weitere Entwickelung nur von der Heimath aus zu erwarten ist; s. Seuffert Archiv Bd. II. No. 19;

V. wenn keine dieser Voraussetzungen vorhanden ist, an dem Wohnsitz des Schuldners. *)

Wenn der Eigenthümer einer Fabrik Reisende aussendet, um Bestellungen zu sammeln, mithin Verträge über Lieferung von Waaren abzuschließen, ist die Frage, ob der Wohnort des Käufers oder des Verkäufers als Erfüllungsort gedacht werden müsse? für den Wohnsitz des Verkäufers zu entscheiden, welcher durch die Absendung der Waare den Contract zu erfüllen hat, denn nach der Absendung geht sie schon auf Gefahr des Käufers, und nach einer allgemeinen Regel kann die versprochene Uebergabe einer beweglichen Sache nur da gefordert werden, wo sie gerade jetzt liegt; l. 12. §. 1. D. 16. 3; s. v. Savigny l. c. S. 225

VI. Wenn von Mehreren behauptet wird, unter mehreren an sich denkbaren örtlichen Rechten müsse jedesmal dasjenige angewendet werden, nach welchem das vorliegende Rechtsgeschäft am besten aufrecht

*) Diesem Satz möchte schwerlich zuzustimmen seyn. Ueberzeugend lehrt Martin (s. Emminghaus Pandekten d. gem. Sächsisch. Rechts S. 56.) „Sofern persönliche Rechtsverhältnisse in Frage sind, müssen die Rechte des *Entstehungsorts* aus einem zwiefachen Gesichtspunkt von Einfluß seyn, theils als voluntas partium saltem tacita, sofern von Bestimmungen die Rede ist, welche der Willkühr der Contrahenten überlassen waren; hier gilt l. 6. D. 21. 2. — l. 34. D. 50. 17., theils kommen jene Rechte um deswillen in Betracht, weil die Paciscenten als subditi temporarii den Gesetzen des Orts, wo sie eben contrahirten, Gehorsam schuldig waren, deshalb aber auch befugt, sich auf sie zu berufen." — Hiemit ist das Supplement zu Bd. I. S. 446. Fr. 27. hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus dem außerehelichen Beischlaf zu vergleichen.

Digitized by Google

erhalten werden kann, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 37. not f. g., so läßt sich dieses wenigstens dann annehmen, wenn die Anwendung der bisher aufgestellten Regeln dahin führen würde, den Vertrag einem örtlichen Recht zu unterwerfen, nach welchem er ungültig seyn würde etwa dem Rechte des Erfüllungsortes, anstatt daß er nach dem Rechte des Wohnsitzes gültig wäre; denn es ist gewiß nicht zu vermuthen, daß sich die Partheien einem örtlichen Recht unterwerfen wollten, das mit ihrer Absicht völlig im Widerspruch stünde; arg. l. 12. D. 34. 5. v. Savigny l. c. S. 249.*)

VII. Das bisher erörterte örtliche Recht kann natürlich ausgeschlossen werden durch eine abweichende ausdrückliche Willenserklärung. Es tritt auch allemal zurück, wenn es in Widerspruch steht mit einer am Ort des urtheilenden Richters geltenden zwingenden, streng positiven Rechtsregel.

Wenn der Entstehungsort der Obligation auch nicht immer, doch in mehreren Fällen (nach No. III. u. IV.) maasgebend ist für das örtliche Recht derselben, so ist es nothwendig, die zuweilen zweifelhafte Frage zu lösen: wo ist der wahre Entstehungsort einer Obligation? — Wenn die Gültigkeit des Vertrags durch gesetzliche Vorschrift oder auch durch den Willen der Partheien abhängig gemacht worden ist von der Beobachtung einer besonderen Form, etwa von schriftlicher oder gerichtlicher Abfassung, so ist der Ort, an welchem diese Form vollendet wird, der wahre Ort des Vertrags, weil bis zu dieser Vollendung kein Theil gebunden ist. Wenn der Vertrag unter Abwesenden durch Boten oder Briefe geschlossen wurde, vgl. Bd. I. S. 67. Fr. 3. Bd. II. Abth. II. S. 256. Fr. 1., so ist nach v. Savigny l. c. S. 235. u. 257. der Vertrag als geschlossen anzusehen an dem Ort, wo der Brief empfangen und zustimmend beantwortet wird; vgl. l. 55. D. 44. 7.

Bei einseitigen erlaubten Handlungen, hauptsächlich bei den mannichfaltigen Verpflichtungen, die aus dem Klagenrecht hervorgehen, ins-

*) Z. B. eine unseren Wuchergesetzen zuwiderlaufende Zinsenforderung muß von unserem Richter aberkannt werden, wenn gleich am fremden Sitz der Obligation kein solches Wuchergesetz besteht. Umgewandt aber hat der Richter, in dessen Amtssprengel ein Verbot der von ihm eingeklagten Zinsen nicht besteht, die Zinsen als gültig anzusehen, ohne Rücksicht auf das etwa anderwärts (am Sitz der Obligation) geltende Verbot. Die Anwendbarkeit eines bestimmten örtlichen Rechts gründet sich nemlich immer auf die anzunehmende freie Unterwerfung, welche aber da nicht angenommen werden kann, wo das örtliche Recht gerade die fragliche Obligation verwirft; v. Savigny l. c. S. 277. vgl. übrigens Bd. I. S. 63. unseres Werks

Digitized by Google

besondere aus der Litiscontestation, dem gerichtlichen Geständniß, dem rechtskräftigen Urtheil haben sich die früheren Meinungsverschiedenheiten allmählich dem richtigen Grundsatz angenähert, nach welchem das am Ort des Gerichts 1. Instanz bestehende örtliche Recht als anwendbar gelten muß, auch wenn an anderen Gerichten diese Frage späterhin vorkommt; s. v. Savigny l. c.

Bei Delicten ist zwar der Gerichtsstand unzweifelhaft, indem der Thäter sich mit Nothwendigkeit dem Gesetz unterwirft, welches er verletzt; hinsichtlich des örtlichen Rechts pflegt man ebenfalls häufig das Recht des Orts, wo das Delict begangen wurde, als maasgebend für die Entscheidung anzunehmen. Hievon aber weicht v. Savigny aus dem Grunde ab, und erkennt vielmehr das Recht des Ortes, wo die Klage erhoben wird (Ausnahmsweise) für entscheidend, weil die auf Delicte bezüglichen Gesetze stets unter die zwingenden streng positiven zu rechnen seyen; l. c. S. 278. Nimmt man die erstere Meinung an, so kann bei brieflichen Injurien ein Zweifel darüber entstehen, ob man das Recht des Orts, wo der Brief geschrieben und abgesendet, oder des Orts, an welchem er empfangen wurde, anzuwenden sey. Das K. Bayerische Oberappell. Gericht hat am 16. März 1847. in Erwägung, daß die Obligation aus einer Injurie sich nach dem Ort, wo sie zugefügt wurde, richte, dahin entschieden, daß briefliche Injurien an dem Orte für begangen und vollendet zu erachten seyen, an welchem der Brief geschrieben und zur sicheren Bestellung aufgegeben wurde; s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. XII. S. 287. Aus dem vorangeführten Grunde, muß v. Savigny l. c. S. 279. auch die Verbindlichkeit aus dem außerehelichen Beischlaf dem örtlichen Recht des Richters, bei welchem die Klage angebracht ist, unterwerfen, denn er betrachtet den außerehelichen Beischlaf als ein Delict, wofür ihn wohl h. z. T. kaum jemand mehr erklären wird, mithin als Gegenstand zwingender Gesetze, von welchen der unter ihnen stehende Richter nicht abgehen darf, gesetzt auch, der Beischlaf wäre in einem Lande gepflogen, welches aus demselben keine rechtliche Verbindlichkeit zuläßt. Wir versparen jedoch die Erörterung dieses Gegenstandes auf das Obligationenrecht; Bd. I. S. 446. Fr. 27. — Manche Rechtslehrer statuiren zwar überhaupt für die materiellen Bedingungen, von welchen die Gültigkeit einer Obligation abhängig ist, das Gesetz, welches am Ort der angestellten Klage gilt, als Norm der Entscheidung, indem sie die Klagen und Einreden als Proceßinstitute behandeln, s. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 62. u. 95., es ist aber gewiß richtiger, mit den Glossatoren zu sagen: actio est in ventre negotii, oder nach

Digitized by Google

Foelix l. c. die Wirkungen eines Vertrags, sowie die Gründe, aus welchen er angegriffen werden kann, sind nach den am Ort der Perfection geltenden Gesetzen zu beurtheilen; s. v. Savigny l. c. S. 270. So die exc. non numeratae pecuniae, excussionis, beneficium competentiae, die Anfechtung eines Verkaufs wegen Verletzung über die Hälfte, die act. redhibitoria u. quanti minoris, desgleichen jede Restitution gegen einen obligatorischen Vertrag. Ob auch die wegen Minderjährigkeit, wie v. Savigny S. 272. not. r. behauptet, ist oben zu I. bereits besprochen worden.

Ueber die Frage: nach welchen Gesetzen über die erlöschende Verjährung der Klagen zu entscheiden sey, theilen sich die Meinungen gleichfalls zwischen denjenigen, welche sie als eine Proceßrechtliche Frage betrachten, mithin das Recht, welches am Ort des Processes gilt, als die anwendbare Norm erkennen, vgl. Bd. I. S. 72. und denen, welche auf den eigentlichen Sitz der Obligation zurücksehen. Ersteres scheint, wie v. Bangerow in s. Pandekten Bd. I. S. 52. annimmt, womit auch Martin in seinem Lehrvortrag über den Proceß übereinstimmt (s. Emminghaus Sächsische Pandekten. S. 56. not. 2.) die herrschende Lehre zu seyn, obgleich Wächter im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 409. es bezweifelt; und man wird ihr den Beifall nicht versagen können, wenn man zugestehen muß, daß die Extinctivverjährung mit dem Entstehungsgrund der Verbindlichkeit in keiner Verbindung steht. — Gleichwohl behauptet v. Savigny l. c. S. 273. in Uebereinstimmung mit Wächter l. c. geradezu das Gegentheil, und entscheidet sich deshalb für das örtliche Recht der Obligation und nicht des Klageorts. Wächter insonderheit findet den Zusammenhang der Verjährung mit dem Entstehungsgrund der Verbindlichkeit erkennbar an der Verschiedenheit der Verjährungszeit bei verschiedenen Obligationen, allein wenn auch in den Gesetzen die Verjährungs-Fristen verschieden bestimmt sind, was wohl eigentlich auf politischen Gründen beruhen mag, so gilt doch das Gesetz der Extinctivverjährung an sich bei allen Arten von Obligationen ohne Unterschied; ganz unbekümmert um die Art der Obligation statuirt es seine poenam negligentiae, und hat es gar nicht mit dem Vertrag, als dem Entstehungsgrund der Obligation, sondern mit einem außerhalb des Vertrags liegenden factum omissivum zu thun, bezielt auch gar nicht unmittelbar das Interesse der einzelnen Contrahenten, sondern das bene esse reipublicae. — Eine andere Meinung s. Schweppe System d. h. r. R. §. 20 b „die Präscription gegen die Klage richte sich als Einrede nach den Gesetzen des Wohnorts des Verpflichteten" wird im Erfolg mit der oben als herrschend bezeichneten

Digitized by Google

Lehre wohl meistens übereinstimmen, weil dieser mit dem Klageort häufig zusammentreffen wird, bietet aber Schwierigkeiten dar, wenn der Beklagte während der Verjährungszeit seinen Wohnort verändert hat, z. B. von einem Ort, wo längere Verjährungszeit gilt, an einen Ort gezogen ist, dessen Gesetze eine kürzere Verjährungszeit bestimmen. In einem solchen Fall erkannte der Berliner Revisions- und Cassationshof (s. Archiv f. d. Civil- und Criminalr. d. k. Preußischen Rheinprovinzen Neue Folge Bd. 28. Abth. 2. S. 36.) „eine von der Parthei vollzogene Wohnortsverlegung unter die Herrschaft einer anderen Gesetzgebung kann keinen Einfluß haben, eine Abänderung der Verjährungsgesetze kann mit gleichmäßiger Verbindlichkeit für alle Betheiligten nur vom Gesetzgeber des Contractsorts ausgehen, dessen Rechten sie sich bei Eingehung des Rechtsverhältnisses unterworfen hatten."

Nimmt man die von uns vertheidigte Lehre an, nach welcher der Richter eine Klage nicht zulassen kann, welche das Gesetz, dem er unterworfen ist, nicht mehr zuläßt, so wird, wenn eine Veränderung der Gesetzgebung am nemlichen Ort eingetreten ist, immer nur das gegenwärtige Gesetz des Klageorts normirend seyn. Waren z. B. früher 20 Jahre zur Klagsverjährung erforderlich, jetzt aber nur 5, so steht dem Kläger die Verjährung doch nur in so weit entgegen, als er 5 Jahre lang nach der Veränderung des Gesetzes die Klage unterlassen hat; s. Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 420. Schweppe l. c. Bd. I. S. 53. vgl. das Supplement zu Bd. I. S. 41. Fr. 22. über die zeitliche Begrenzung der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse.

Wenn nach einem örtlichen Recht der dem gemeinen Recht fremdartige Grundsatz gilt, daß der Verkäufer bis zur vollzogenen Uebergabe noch zurücktreten kann, so kommt es darauf an, ob dieses Recht an dem Orte gilt, wo das Grundstück liegt, denn da ist der absolute Ort der Kaufserfüllung durch Uebergabe, mithin der eigentliche Sitz der Obligation; s. v. Savigny l. c. S. 281.

Für die Höhe der Verzugszinsen ist das Gesetz des Ortes, an welchem die Zahlung zu leisten ist, entscheidend. Ebend.

Ob für eine Obligation ein stillschweigendes Pfandrecht anzunehmen ist, hängt von dem örtlichen Recht ab, unter welchem die Obligation überhaupt steht; ob aber solchem stillschweigenden Pfandvertrag die Wirkung eines Pfandrechts beizulegen sey, kann nur durch das Recht des Orts bestimmt werden, an welchem sich die Sache befindet. Ebend. S. 282.

Zu II. 3) Erbrecht.

Digitized by Google

Dasselbe richtet sich nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes,*) welchen der Verstorbene zur Zeit seines Todes hatte, also nach dem Personal-Statut. **)

Daß Lehen und Fideicommisse von der lex rei sitae beherrscht werden, ist nicht eigentlich eine Ausnahme vom Gesetz der Universalsuccession, denn sie gehören eigentlich nicht zum Vermögensganzen, und treten vielmehr, weil der Verstorbene nur einen Fruchtgenuß daran hatte, aus seinem Vermögen heraus. — Specielle Rechtsinstitute über Succession, welche die Förderung gewisser Staatszwecke beabsichten, also politischer und darum zwingender Natur sind, z. B. die Nachfolge des ältesten oder jüngsten Sohns in Bauerngüter beherrschen als Realstatute alle Güter der bestimmten Art in dem Bezirk solcher Gesetze, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des gegenwärtigen Eigenthümers.

Die Testirfähigkeit des Erblassers in Beziehung auf seine Rechtsverhältnisse muß sowohl nach den Gesetzen des Wohnsitzes, an dem er das Testament errichtete, als nach den Gesetzen, welche in seinem letzten Wohnsitz zur Zeit des Todes bestehen, vorhanden seyn; in Beziehung auf seine physischen Eigenschaften z. B. das Alter ꝛc. richtet sich seine persönliche Fähigkeit nach dem zur Zeit der Testamentserrichtung an seinem Wohnsitz geltenden Gesetz ohne Rücksicht auf spätere Veränderungen des Wohnsitzes; s. v. Savigny S. 312.

*) Dieser Grundsatz ist in Deutschland ziemlich allgemein angenommen. Nach der Meinung Anderer soll die Universalsuccession sich wenigstens rücksichtlich der zur Erbschaft gehörigen Grundstücke nach dem Realstatut richten, indem ein entgegengesetzter Gebrauch bei der Divergenz der Rechtslehrer nicht angenommen werden könne, wie Foelix l. c. S. 307. behauptet, gegen welchen jedoch der Recensent in der Jenaischen Lit. Ztg. v. J. 1843. Nr. 152. mit Recht bemerkt: „der Verfasser habe übersehen, daß die Meinungsverschiedenheit keine gleichzeitige, sondern eine successive ist, während die ältere Ansicht auf das am Ort der gelegenen Sache geltende Recht sah, entscheidet sich die neuere für das Recht des Domicils.“ Gleichwohl weicht das Sächsische Recht (s. Emminghaus Pandekten d. gem. Sächsisch. Rechts S. 55.) vom gemeinen Recht ab, indem es dem Realstatut die Vererbung der Immobilien unterwirft.

**) Wenn der ab intestato verstorbene ein zweifaches Domicil im Lande A. und im Lande B. hatte, und nach den Gesetzen beider Länder verschiedene Erben hat, oder zwar dieselben, jedoch nach ungleichen Theilen zur Erbschaft berufen sind, so werden sich die Erben in A. die dort gelegenen Güter zuzueignen haben, und die Erben in B. die hier gelegenen, das übrige, vielleicht noch in den Ländern C. und D. befindliche Vermögen hätten sie mit einander zu theilen, den Gläubigern aber in solidum zu haften, und sich unter einander wegen dessen, was der eine Theil etwa mehr bezahlt hat, nach dem numerairen Werth des Erbschaftsempfanges auszugleichen; s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. IV. S. 734.

Digitized by Google

Der Inhalt des Testaments, insbesondere die gesetzliche Gültigkeit oder Ungültigkeit desselben ist nach dem am letzten Wohnsitz des Testators geltenden Gesetz zu beurtheilen. So insbesondere die Regeln über Enterbung, Präterition und Pflichttheil. Ebend. S. 312.

Die persönliche Fähigkeit der zur Erbschaft im Ganzen, oder zu einem einzelnen Stück der Erbschaft berufenen Personen ist in der Regel nach ihrem Wohnsitz, den sie zur Zeit des Todes des Erblassers hatten, zu beurtheilen. Ausnahmen können eintreten, da wo Gesetze von zwingender Natur in Betracht kommen, welche den urtheilenden Richter binden, z. B. Gesetze über den bürgerlichen Tod, oder über den Erwerb von Seiten der todten Hand.

Ueber Erbverträge entscheidet das am Wohnsitz des Erblassers geltende Gesetz.

Sowie das Recht auf einen erblosen Nachlaß (bona vacantia) nach dem Gesetz des Wohnorts des Erblassers zu bestimmen ist, so muß auch die Frage: welchem Fiskus der Anspruch auf dieselben zusteht, dem Fiskus des Wohnsitzes oder der gelegenen Sache, zum Vortheil des Fiskus entschieden werden, in dessen Gebiet der Wohnsitz des Verstorbenen sich befindet; s. v. Savigny S. 315.

Zu II. 4) Familienrecht.

A) Ehe.

Daß nicht der Ort der Trauung oder des Abschlusses der Ehe, sondern das domicilium matrimonii l. 5. D. 23. 2. für das Recht der Ehe, und das eheliche Güterrecht, und zwar ohne Unterschied, ob die Güter in oder außer dem Wohnsitz liegen, s. Wächter im civil. Arch. Bd. XXV. S. 48. Schäffner l. c. S. 106. ꝛc. maasgebend sey, wird kaum mehr bezweifelt werden; vgl. Bd. I. S. 50. lit. C. v. Savigny l. c. S. 325. In Ansehung der Ehehindernisse sind, da die hier einschlagenden Gesetze, auf sittlichen Grundsätzen beruhend, eine streng positive Natur haben, die im Wohnsitz des Mannes geltenden Ehehindernisse schlechthin bindend, ohne Rücksicht auf die vielleicht abweichenden Gesetze in der Heimath der Frau oder in dem Ort der Trauung; s. v. Savigny l. c. S. 326. vgl. Wächter l. c. Bd. XXV. S. 185. u. 187. Schäffner Entw. d. internationalen Privatr. §. 102 u. 103.

Hatte der Mann zur Zeit seiner Verehlichung noch kein eigenes Domicil, so muß ohne Zweifel das Gesetz seiner ursprünglichen Heimath an die Stelle treten. Im Verhältniß zwischen In- und Ausland muß wohl das nemliche gelten. Aber nicht wohl kann man mit Günther im Rechtslexikon Weiske's Bd. IV. S. 78. schlechthin annehmen: daß,

Digitized by Google

wo nicht besondere Landesgesetze entgegenstehen, die Ehe, die ein Inländer im Auslande mit einer Verwandten, mit welcher jedoch die Verheirathung dort erlaubt war, geschlossen hat, auch im Inlande bestehe, gesetzt selbst, daß die Eheleute in einem im Inlande verbotenen Grade verwandt wären; s. dagegen Wächter l. c. Bd. XXV. S. 185 u. 187.

Umgewandt kann derjenige, welcher die Ehe im Auslande auf eine dort zwar nicht, wohl aber in seinem Domicil gültige Weise schließt, wenn er dort kein Domicil begründet, keiner Anfechtung eines Rechtsgeschäfts unterliegen, dessen rechtliche Wirkung für sein ganzes Leben in dem Staat, welchem er angehört, bestimmt werden soll; s. Kori Erörter. Th. III. no. 1. und das vom O. A. Ger. in Dresden gesprochene Urtheil im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle v. J. 1846. No. 39.

Die von uns im Bd. I. S. 37. Fr. 11. u. S. 60. vertheidigte Meinung, daß auch bei verändertem Wohnsitz der Ehegatten das örtliche Güterrecht des anfänglichen Wohnsitzes für alle Zeiten bestimmend bleibe, ist neuerlich auf das Ueberzeugendste ausgeführt von Funk im civil. Archiv Bd. XXI. S. 368. Bd. XXII. S. 99. Schäffner l. c. §. 109. auch durch einen Plenarbeschluß des O. A. G. in Celle v. 8. Januar 1845, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. erste Lieferung S. 45., sowie durch Erkenntniß des O. A. G. in München, s. Seuffert Archiv Bd. I. no. 152. bestätigt. Abweichend ist zwar Puchta in den Vorlesungen §. 113. in so ferne, daß künftiger Erwerb gleichwohl durch das Gesetz des neuen Wohnsitzes geregelt werden soll, ihn hat aber hinlänglich widerlegt v. Savigny l. c. S. 333. Der aufgestellte Satz scheint daher allen Zweifeln entrückt im Collisionsfall verschiedener Gesetze desselben Staats; wenn indessen Ehegatten, welche die in ihrem ersten Wohnort eingeführte allgemeine Gütergemeinschaft errichtet hatten, in ein Land ziehen, dessen Gesetze von einem solchen Rechtsinstitut gar nichts wissen, so wird von nun an das zwischen beiden Theilen gemeinschaftliche Vermögen Jedem zu idealen Theilen gehören; s. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd IV. S. 731.

Auswärts gelegene Grundstücke wollen zwar Viele nach der lex rei sitae beurtheilt wissen, s. Voet. Sect. 4. C. 3. §. 9. u. Pand. XXIII. 2. §. 60. Hommel Rhaps. Obs. 175. 409. Story Comm. on the conflict of the laws. §. 186. 454. Der richtigeren Meinung nach ist aber die lex domicilii auch auf die auswärts gelegenen Grundstücke zu beziehen; s. v. Savigny l. c. S. 327.

Hinsichtlich der Veränderungen, welchen das eheliche Güterrecht durch Veränderung des Wohnsitzes — jedoch unserer Meinung nach

Digitized by Google

nur im vorbemerkten Fall einer Collision zwischen in- und ausländischer Gesetzgebung — unterliegen könnte, stellt Funke l. c. folgende Grundsätze auf:

a) wenn der Mann von einem foro, unter welchem das Dotalsystem galt, unter ein forum, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, übergezogen ist, so werden die Gläubiger des ersten fori, welchen sich die Frau verpflichtet hat, gestützt auf die jura fori contractus die Ausscheidung der dos und des sonstigen Vermögens der Frau, welches sie schon im foro contractus besaß, zum Behuf ihrer Befriedigung verlangen können, und die Gläubiger des zweiten fori hätten keinen Grund, sich darüber zu beschweren, da das Uxorische Vermögen nicht weiter als cum suo onere in die Gemeinschaft übergehen konnte.

b) Wenn der Mann von einem foro, in welchem allgemeine Gütergemeinschaft galt, sich unter ein forum begiebt, welches dieselbe nicht kennt, so werden die Gläubiger des ersten fori ihre Rechte gegen beide Ehegatten und an das beiderseitige Vermögen in solidum behalten, dagegen die Gläubiger des zweiten fori in der Regel nur Rechte auf das Vermögen desjenigen Ehegatten haben, welchem sie creditirten.

Im Verhältniß der Ehegatten unter sich bleibt das eheliche Güterrecht in seinem ursprünglichen Bestand, gleichwie das Preußische Landrecht Th. II. Tit. I. §. 350 verordnet, daß, wenn Eheleute aus einem foro, wo sie nicht in Gütergemeinschaft standen, in ein anderes ziehen, wo eheliche Gütergemeinschaft gilt, sie in Rücksicht auf Rechte dritter Personen, also auf Gläubiger, zwar als in Gütergemeinschaft stehend zu betrachten sind, nicht aber in Bezug auf sie selbst, auf ihre gegenseitigen Vermögensverhältnisse. In dieser Hinsicht bleibt es bei dem Recht des ersten fori und dem dadurch zwischen den Ehegatten entstandenen Güterverhältnisse.

Hinsichtlich des Verbots der Schenkungen eines Ehegatten an den andern entscheidet das Gesetz desjenigen Wohnsitzes, zu dessen Zeit die Schenkung vorgenommen wurde; s. v. Savigny l. c. S. 335.

Die Intestaterbfolge unter Ehegatten richtet sich nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers. — Ist es zweifelhaft, ob der Anspruch auf den Nachlaß aus eigentlicher Intestaterbfolge, oder vielmehr aus bloßer Fortwirkung der während der Ehe bestandenen Güterverhältnisse (Gütergemeinschaft) abzuleiten ist, so entscheidet

Digitized by Google

im ersten Fall der letzte Wohnsitz, im zweiten Fall der Wohnsitz, an welchem die Ehe angefangen hat; s. v. Savigny l. c. S. 336.

B. väterliche Gewalt.

Die Entstehung derselben durch Zeugung in der Ehe, so wie deren denkbare Anfechtung ist zu beurtheilen nach dem Gesetz des Orts, an welchem der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes seinen Wohnsitz hatte. Dagegen sind die Vermögensverhältnisse zwischen dem Vater und den Kindern zu beurtheilen nach dem Gesetz, welches an dem jedesmaligen Wohnsitz des Vaters besteht; s. v. Savigny S. 338.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe richtet sich nach dem Wohnsitz des Vaters zur Zeit der geschlossenen Ehe, und die Zeit der Geburt des Kindes ist dabei gleichgültig. Ebend. S. 339. Diese Ansicht ist wohl jener vorzuziehen, welche Schäffner l. c. §. 34 dahin aufstellt, daß nach den Gesetzen des Orts, wo das uneheliche Kind geboren ist, entschieden werden müsse. Jedoch können legitimirte uneheliche Kinder da, wo sie nicht ausdrücklich den ehelichen durch das Gesetz gleichgestellt sind, nicht gleiches Recht in Ansehung der besonderen Verhältnisse geltend machen, in welchen nach Local- oder Familienstatuten, auswärtigen Landesgesetzen ꝛc. die wirklich eheliche Geburt als Bedingung gewisse Rechte zu erlangen, erforderlich wird; s. Günther l. c. S. 732.

C. Vormundschaft.

1) Errichtung derselben. Als Regel für dieselbe gilt bekanntlich das örtliche Recht des Wohnsitzes des Mündels, welcher gewöhnlich mit dem letzten Wohnsitz des Vaters zusammenfällt, und diese Vormundschaft umfaßt dann auch das auswärts liegende Vermögen des Mündels. Schäffner l. c. §. 41. Jedoch wenn unbewegliches Vermögen des Mündels unter einer anderen Gerichtsbarkeit, vielleicht in einem fremden Lande liegt, so kann es geschehen, daß für diese Vermögenstheile eine besondere Vormundschaft errichtet wird.

Auch im Inland kann zuweilen die Vormundschaft aus Gründen der Zweckmäßigkeit, wenn nach den Familienverhältnissen dem letzten Wohnsitz des Vaters kein Einfluß auf den künftigen Zustand der Mündel zuzuschreiben ist, die Vormundschaft an einen anderen Ort verlegt werden, denn das Vormundschaftswesen gehört seiner eigentlichen Natur nach dem öffentlichen Recht an. Ein Beispiel hievon s. v. Savigny l. c. S. 343.

2) Verwaltung. Daß diese sich in der Regel nach dem Recht des Gerichts richtet, unter welchem sie entstanden ist und geführt

Digitized by Google

wird, kann zwar nicht bezweifelt werden, aber eine Ausnahme wird von Manchen in Ansehung jener Grundstücke behauptet, welche auswärts gelegen sind, indem besonders hinsichtlich ihrer Veräußerung die lex rei sitae, also das Realstatut zu beobachten sey; s. Schäffner l. c. §. 41. Diese Behauptung erscheint unrichtig, wenn man nach v. Savigny l. c. S. 345. anerkennen muß, daß ein Gesetz, welches die Veräußerung unbeweglicher Güter der Mündel nur unter gewissen Einschränkungen zuläßt, eine vorsorgliche Maasregel keineswegs für diese Güter, sondern für die schutzbedürftige Person des Mündels enthält. Indem es also auf Ergänzung der Handlungen des Vormunds abzweckt, ist es ein Personalstatut und kein Realstatut. Der Gesetzgeber verfügt hier über die unter seinem Schutze stehenden Minderjährigen, nicht über die in seinem Lande gelegenen Güter. Ein Präjudiz hiefür bietet ein von v. Savigny l. c. S. 345. erzählter, von den Preußischen Richtern aller Instanzen gleichförmig entschiedener Fall dar; vgl. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 1119. Linde im civilist. Archiv Bd. VII. S. 77.

Ueber die Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft, sowie über die dagegen zulässigen Excusationen kann nur das am Wohnsitz des Vormunds geltende Gesetz entscheiden. Ist das obervormundschaftliche Gericht von diesem, und auch von dem Gericht, dem das forum gestae administrationis zuzuschreiben seyn würde, verschieden, so soll zwar nach Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 362. das Amt der Obervormundschaft competent seyn, allein v. Savigny l. c. findet eine solche allgemeine Behauptung bedenklich, weil stets die Gerichtsverfassung jedes Landes zu beachten seyn wird.

Formen der Rechtsgeschäfte.

Gemeinrechtlich gilt hier ohne Zweifel die Regel: locus regit actum. — Die Beobachtung der am Orte der Handlung geltenden Form ist aber in der Regel facultativ, so daß der Handelnde die Wahl hat, entweder diese Form zu beobachten, oder die Form des Ortes, dem das Rechtsgeschäft eigentlich angehört. Dies ist um so gewisser zu behaupten, als diese Regel nicht eigentlich durch Gesetze begründet ist, sondern sich nur durch ein von den Verhältnissen der Menschen und Dinge zur Erleichterung der Rechtsgeschäfte als nothwendig postulirtes Gewohnheitsrecht gebildet hat; s. v. Savigny l. c. S. 350. Erkenntniß des O. A. Ger. zu Jena in Emminghaus Pandekten d. Sächsisch. Rechts.

Digitized by Google

S. 54. no. 13. Die Behauptung Einiger: ein Geschäft müsse auch vom einheimischen Richter, wenn gleich seine Gesetze es billigen, für ungültig erkannt werden, wenn es nicht den Erfordernissen der Gesetze des Orts seiner Errichtung entspricht; s. Thibaut System d. Pand. §. 38. Ed. 8. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. I. S. 183. Riccius Entw. v. Stadtgesetzen S. 533 u. 545. Hofacker, Princ. jur. civ. T. I. §. 142, ist demnach wohl nicht zu billigen. Die meisten Rechtslehrer sind vielmehr unserem Grundsatz ergeben; s. Mittermaier deutsch Privatr. §. 33. Wächter im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 377. Schweppe röm Privatr. Bd I. §. 20. Zachariä in Elvers Themis Bd. II. S. 110. Reinhardt Ergänzungen zu Glücks Pand. Comm. S. 32. Hert de collisione legum Sect. IV. §. 10. Foelix l. c. S. 107. Günther in Weiske's Rechtsl. Bd. IV. S. 738. Im Collisionsfall zwischen Gesetzen des In- und Auslandes scheint indessen eine Modification unseres Grundsatzes nothwendig. Es wird nämlich immer darauf ankommen, wo das Rechtsgeschäft in Wirksamkeit treten soll. Soll das im Ausland errichtete Geschäft dort auch wirksam werden, dann müssen sie dasselbe ohne Wahl nach den dortigen Gesetzen bemessen. Für den Abschluß der Ehe ist die Regel locus regit actum zwar allgemein anerkannt, wenn aber der Einwohner eines Landes, dessen Gesetz die Ehe an die kirchliche Trauung bindet, die Ehe in einem Lande schließt, wo blos juristische Formen zur Eingehung der Ehe erfordert werden, so hält v. Savigny l. c. S. 357., weil jenes einheimische Gesetz einen sittlich religiösen Grund, mithin einen zwingenden Charakter habe, die Nachholung der Trauung zur Geltung der Ehe im Inlande für nöthig, demungeachtet aber für die vergangene Zeit die Ehe für gültig und wirksam, und erkennt auch seinen strengen Grundsatz nicht für anwendbar auf die schon bestehende Ehe fremder Personen, die in das Land einwandern.

Errichtet jemand sein Testament im Auslande nach den Formvorschriften der inländischen Gesetze, so wird es ohne Zweifel vom inländischen foro hereditario aufrecht erhalten, und eben so wenn es am auswärtigen Ort nach den dortigen Formvorschriften errichtet ist, denn nach obigen Grundsätzen stand ja dem Testator die Wahl frei; vergl. Bd. I. S. 59. Die Meinung Eichhorns im deutsch. Privatr. §. 37 und Mühlenbruchs Fortf. v. Glücks Pand. Comm. Bd. XXXV. S. 38: „ein solches Testament gelte zwar, wenn der Testator dort sterbe, es verliere aber seine Gültigkeit, wenn er in die Heimath zurückkehre," dürfte sich daher, wie v. Savigny l. c. S. 356 bemerkte, schwerlich grundsätzlich rechtfertigen lassen, doch scheint es räthlich, daß der heim-

Digitized by Google

gekehrte ein neues Testament mache, wenn jene Art von Testamenten dem einheimischen Recht unbekannt ist.

Errichtete der Erblasser sein Testament im Auslande nach den einheimischen Vorschriften, von welchen aber die Gesetze des Orts der Testamentserrichtung bedeutend abweichen, so wird es, wenn es dort wirksam werden soll, für ungültig erkannt werden; s. Foelix l. c. Wächter l. c., denn die Eigenschaft eines subditi temporarii ist allerdings geeignet, einen Zwang zur Unterwerfung unter die Gesetze des Auslandes hervorzubringen, besonders, wenn eine öffentliche Behörde zu der Handlung mitwirkt; s. Eichhorn l. c. §. 35.

Die Beweiskraft eines Handelsbuches ist zu beurtheilen nach dem Gesetz des Orts, an welchem es geführt wird; s. Erk. d. O. A. G. in Cassel 1826 in Seufferts Archiv Bd. II. Nr. 121. Die Beweiskraft scheint zwar dem Proceßrecht anzugehören, und daher dem Gesetz des Gerichtsortes unterworfen werden zu müssen. Allein sie ist hier unzertrennlich verbunden mit der Form und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts selbst, welche hierin als das Ueberwiegende betrachtet werden muß; s. v. Savigny l. c. S. 355. Der Fremde, der sich mit dem Kaufmann eines Orts, an welchem Handelsbücher gelten, einläßt, unterwirft sich dem örtlichen Recht derselben.

Retentionsrecht.

G. 95. Fr. 8. Daraus, daß das Retentionsrecht als ein Sicherungsmittel gegeben ist, folgt eine nothwendige Beschränkung desselben in gewissen Fällen. Z. B. R hat an S sein Gut um 53,000 Fl. in Fristen zahlbar verkauft. Einige Jahre lang hielt er mit den Fristenzahlungen gehörig ein, und es blieben nur noch 13,400 Fl. in Ausstand. Da nun wieder eine Frist mit 2000 Fl. verfallen war, und R diese einklagte, setzte S wegen behaupteter Evictionsansprüche im Betrag von 8474 Fl. die Zuständigkeit des Retentionsrechts entgegen. Das K. Bayerische Oberappelat. Gericht verwarf aber diesen Einwand gewiß mit Recht, denn S konnte doch nicht für 13,400 Fl., sondern nur für 8474 Fl. Sicherheit verlangen, und gesetzt, er hätte um 8474 Fl. zu theuer gekauft, welche er im Weg der Entschädigungsklage abziehen will, so würde er zwar um so viel weniger an Kaufschilling schulden, aber das, was er demungeachtet noch schuldig bleibt, immerhin zu den gesetzten Fristen zahlen müssen, mithin nur von den letzten und nicht von den ersten Fristen den Abzug machen können; s. v. Gönner und Schmidtlein Jahrb. d. Gesetzg. und Rechtspflege im K. Bayern. Bd. I. S. 371.

Digitized by Google

Man kann sich hinsichtlich der Behauptung: daß das Retentionsrecht eines Spediteurs sich auf alle aus Speditionsgeschäften herrührende Forderungen erstrecke, mithin auch wegen Forderungen, welche aus früheren mit dem Retentionsobject nicht connexen Speditionsgeschäften entstanden sind, statt finde, auf ein allgemeines deutsches Handelsrecht nicht berufen, obgleich diese Ausdehnung häufig in größeren Handelsplätzen vorkommt, denn in anderen findet sie sich gleichwohl nicht, z. B. im Preußischen Recht, und in Leipzig, Siegel corp. jur. camb. T. II. pag. 165. Püttmann Anmerk. zur Leipziger Wechselordn. S. 79. no. 3. und es fehlt auch nicht an einzelnen entgegengesetzten Präjudicaten; G. L. Böhmer Rechtsfälle Th. 3. no. 244., daher die gedachte Ausdehnung durch Gewohnheit oder Observanz für einen bestimmten Handelsplatz besonders bewiesen werden müßte; s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 58. Ohne Rücksicht auf Connexität wird das Retentionsrecht demjenigen, welcher Effecten vom Schuldner in Händen hat, in der Wechselordnung für Gallizien Art. 43. gestattet; s. J. C. Meißner Codex der Europäischen Wechselrechte Bd. II. S. 519. S. 102. lit. γ.

In Ansehung der Frage: ob das Retentionsrecht des Pfandgläubigers nur auf das Conventionalpfandrecht, wie v. Quistorp in d. rechtl. Bemerk. Th. II. S. 33. Seuffert im Lehrb. d. prakt. Pandektenr. §. 210 u. a. oder wohl nur auf Faustpfänder, wie Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts §. 316 u. W. H. Puchta über die ger. Klagen S. 339. §. 122. (s. jedoch dagegen G. F. Puchta-Pandekten §. 204. not. c.) behaupten, zu beschränken sey, scheint die verneinende Meinung die richtige zu seyn. Dem Geiste der l. un. C. 8. 27. nach muß man es jedem Pfandgläubiger einräumen, der in den Besitz der verpfändeten Sache gekommen ist; v. Wangerow Pandekten Bd. I. S. 792. §. 382. v. Schilling Lehrb. f. Instit. ꝛc. Bd. II. S. 718. not. l. Fritz zu Wening S. 491. Sintenis Pfandr. S. 243. Die Worte: si in possessione fueris constitutus deuten auf ein Princip, welches davon, ob das Pfandrecht durch Vertrag oder Gesetz entstanden ist, ganz unabhängig ist, die Meinung des Gesetzes ist, wie Gesterding in der Lehre vom Pfandrecht S. 134. bemerkt: „wer einmal im Besitz ist, hat nicht nöthig, den Besitz abzutreten, wenn auch die Pfandschuld getilgt ist, sobald er noch außerdem etwas zu fordern hat." S. 107. Fr. 9.

Mühlenbruch in der Lehre von der Cession S. 575. versteht die l. un. C. 8. 27. bekanntlich so, als sey dem secundus creditor, welcher durch das jus offerendi in die Stelle des ersten eingetreten ist, S. 198. Fr. 18.

Digitized by Google

das Retentionsrecht wegen seiner chirographarischen Forderung abgesprochen. Man darf aber wohl mit v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 382. no. 3. und Luden Retentionsrecht S. 196, diese Meinung für ein Mißverständniß erklären. — Die l. un. C. sagt nämlich zuvörderst: wenn dir dein Pfandschuldner nur die Pfandschuld bezahlen will, während du noch eine einfache Schuldforderung an ihn hast, so brauchst du seiner Zurückforderung des Pfandes kein Gehör zu geben, so lange er dir nicht auch die letztere bezahlt. — Dann folgen die Worte: quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Damit ist aber nicht dem zweiten Creditor das Retentionsrecht abgesprochen, sondern nur gesagt, daß derselbe bei Ausübung des jus offerendi das Retentionsrecht des ersten Creditors nicht zu berücksichtigen habe, denn das von ihm gebrauchte jus offerendi verpflichtet ihn nicht, auch zugleich die chirographarische Forderung des ersten Gläubigers auszulösen.

C. 109. Fr. 41. Die Beantwortung der Frage: ob das Retentionsrecht des Gläubigers nicht blos für seine chirographarische, sondern auch für eine andere zwar durch Unterpfand aber nicht hinlänglich gedeckte Forderung ausgeübt werden könne? scheint am natürlichsten dahin zu gehen: ist nach Versilberung des Pfandes ein von ihm nicht gedeckter Theil der Forderung übrig geblieben, so ist dieser Rest bereits zur chirographarischen Forderung geworden, ist dies aber blos als künftiger Erfolg zu vermuthen, so kann das Gesetz auch nicht angewendet werden auf einen Fall, welcher zur Zeit nicht existirt.

C. 113. Fr. 33. Ob der Pfandgläubiger sein Retentionsrecht auch im Concurs des Schuldners geltend machen könne?

Als das richtigste unter den divergirenden Meinungen nehmen wir mit v. Vangerow Pandekten Bd. I. S. 793. §. 382. no. 4 an, daß dem Pfandgläubiger sein Retentionsrecht der Masse selbst gegenüber eben so zusteht, wie dem Debitor gegenüber, daß aber freilich dann, wenn sich unter den Creditoren solche finden, welche die Sache mit einer dinglichen Klage abholen können, namentlich also bessere Pfandgläubiger, das Retentionsrecht nicht gegen diese geltend gemacht werden kann; vgl. Trütschler Lehre v. d. Präclusion S. 30. Brauns Erörtr. zu Thibaut S. 853. Schweppe System des Concurses §. 42.

C. 115. Fr. 38. Die Antwort auf die Frage: ob der Miether gegen einen Käufer des Hauses sich wegen Impensen eines Retentionsrechts bedienen könne? ist bestimmter dahin zu fassen: Regel ist es, daß das

Digitized by Google

Retentionsrecht, welches dem Miether derenthalb gegen seinen Vermiether unbedenklich zugestanden wird, s. Glück P. K. Bd. XVII. S. 496. gegen den neuen Eigenthümer seine Wirksamkeit verliere. Auch sprechen die bereits angeführten Gesetze nur von einem Klagrecht. Man muß daher unterscheiden, ob die Verwendungen vor der Veränderung, welche in der Person des Eigenthümers vorgegangen ist, oder ob sie erst nachher gemacht worden sind. Nur im letzteren Falle ist das Retentionsrecht gegen den Singularsuccessor zulässig, dahingegen, wenn die Verwendungen früher schon statt gefunden haben, so erwirbt der Singularsuccessor die Sache in dem verbesserten Zustande, und folglich ist nicht er, sondern der frühere Eigenthümer zur Vergütung derselben verbunden; s. Luden das Retentionsrecht. S. 200.

Promissorischer Eid.

Eine constante Praxis hat zwar, wie unter andern v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 196 und Glück P. K. Bd. IV. S. 556 ꝛc. bezeugen, aus den in mehreren Fällen gegebenen Entscheidungen des Canonischen Rechts eine allgemeine Regel abgeleitet, daß h. z. T. der promissorische Eid auch zur Bekräftigung ungültiger Geschäfte dienen könne, wenn dieselben nur nicht absolut verboten sind*), oder eine Immoralität enthalten, oder Rechte Dritter verletzen. — In der neueren Praxis scheint jedoch mehrfältig der entgegengesetzte Grundsatz durchzudringen, daß überhaupt ein nach den Gesetzen ungültiges Geschäft durch den hinzugefügten Eid nicht gültig werden könne. So wurde von dem O. A. Ger. in Cassel**) der eidlichen Verbindlichmachung eines Minderjährigen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 176. Damit stimmt überein ein Erkenntniß des O. A. Ger. in Darmstadt in Seufferts Archiv Bd. II. H. 3. S. 334. „Die Verzichtleistung eines Minderjährigen auf die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auch ein sonstiges an sich unverbindliches Versprechen desselben kann weder durch bloße Handtreue an Eidesstatt, noch durch einen außergerichtlichen mündlich oder schriftlich geleisteten Eid Wirksamkeit erlangen; vgl. Bd. I. S. 26. Fr. 15. u. S. 229. Fr. 11. S. 125. Fr. 11.

*) Aus diesem Grund ist, wie hier berichtigend bemerkt werden muß, vgl. Bd. II. S. 425 ꝛc., die eidliche Bekräftigung des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen von den meisten Rechtsgelehrten für unwirksam erklärt; vgl. Glück P. K. Bd. XIV. S. 93.

**) Seiner früheren Praxis, welche man auch noch in v. Bülow und Hagemanns Erörter. Bd. IV. S. 185. beibehalten findet, geradezu entgegen.

Digitized by Google

Concurrenz der Rechte.

S. 117. Fr. 3. Daß in Rücksicht der einzelnen Antheile kein Zuwachsrecht unter den Genossen statt finde, argumentirt Schweppe im System d. röm. Rechts Bd. I. S. 343 aus l. 110. pr. D. 45. 1. Man muß aber vielmehr mit v. Buchholz in den kritischen Jahrbüchern f. deutsche Rechtswissenschaft Jahrg. 1844. S. 145 sagen: daß hier überhaupt von einem Accrescenzrecht die Rede eigentlich nicht sey, und nicht seyn könne. — I

S. 119. Fr. 9. Einzelne Miteigenthümer an einer Berechtigung, deren Gegenstand untheilbar ist, sind befugt, in ihrem eigenen Namen und für ihr eigenes Interesse das gemeinschaftliche Eigenthum klagend und durch Einreden zu schützen, und sonst gegen Dritte geltend zu machen; s. Archiv für Civil- u. Crim. Recht der K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. VII. S. 4.

Jus singulare; Privilegium.

S. 137. Fr. 16. Ob dem Fiscus gestattet sey, seine Vorrechte auch auf die durch Uebertragung Anderer erlangten Forderungen zur Anwendung zu bringen?

Gegen die zu Gunsten des Fiscus aus l. 6. D. 49. 14. und l. 17. §. 6. D. 22. 1. häufig geschöpfte Ausnahme von der Regel, s. Bd. II. Abth. II. S. 136. Fr. 5. haben sich vorzüglich Puchta (in Weiske's Rechtslexicon Bd. II. S. 659.) und Vangerow in s. Pandekten Bd. III. S. 124. aus dem Grund erklärt, weil die l. 6. cit. den Fall einer Universalsuccession betreffe, von welchem denn auch die l. 17. cit. zu verstehen seyn dürfte, davon aber kein Schluß auf den Fall einer Cession gemacht werden könne, bei welcher daher die allgemeinen Grundsätze in Anwendung zu bringen seyen.

Fr. 17. Daß der Satz: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur, nur in dem hier erklärten Sinn zu verstehen sey, bestätigen die in Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. S. 159. angeführten Erkenntnisse der O. A. Ger. zu München und Stuttgart; s. Tafel Rechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 164. bezüglich l. 11. §. 6. — l. 34. pr. D. 4. 4.

S. 141. Fr. 36. Hinsichtlich der engeren oder weiteren Bedeutung des Ausdrucks liberi (Kinder) ist zu vergleichen Bd. II. S. 653. Fr. 4.

Fr. 41. Wenn die Regierung einem Unterthan ein Gewerbsprivilegium mit der Eigenschaft der Ausschließlichkeit verliehen hat, nachher aber doch einem Andern ein gleiches Privilegium ertheilt, so kann der hiedurch benachtheiligte frühere Privilegirte zwar nicht gegen den neuerlich

Digitized by Google

Privilegirten, wohl aber gegen die Staatsgewalt, wenn kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorhanden war, klagen, denn nur zwischen ihm und der Staatsgewalt kann die Frage entschieden werden, ob das neue Privilegium wieder zurückgezogen, oder er als Besitzer des älteren Privilegs vom Staat entschädigt werden müsse; s. Habicht Erört. u. Entsch. Bd. I. S. 277 und das dort angeführte Erkenntniß des O. A. Ger. in Zerbst.

Die Entschädigungsfrage im Fall der aus Gründen des öffentlichen Wohls verhängten Aufhebung des Monopols gehört eigentlich dem offentlichen Recht an, und nach Analogie der Expropriationsgesetze wird die Bestimmung der Entschädigung nur nach dem für das Monopol gemachten positiven Aufwand zu bemessen seyn. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 26. Hommel Rhaps. Obs. 469. Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 80.

Klagen: Erfordernisse — Verjährung.

Für die Zulässigkeit des interd. uti possidetis zur Abwehr von Dienstbarkeits-Anmaßungen spricht ein Erkenntniß d. O. A. Ger. in München in Seuffert u. Glück Bl. f. R. A. Bd. XIII. S. 158. — Das gedachte Interdict verjährt durch Ablauf eines Jahrs von Zeit der Störung nicht in der Hauptsache, sondern nur bezüglich der Kosten und Schäden l. 1. pr. D. 43. 17. Bl. f. R. Anw. Bd. XIV. S. 128. S. 154. Fr. 19. Vgl. Bd. II. Abth. I. S. 47. Fr. 1.

Bei Anstellung dieses Interdicts hat der Implorant blos das factum der Störung seines aus dem Eigenthumsrecht fließenden Besitzes zu beweisen, aber keineswegs liegt ihm der Beweis ob, daß der Implorat sich in einer juris quasi — possessio nicht befinde, oder daß ihm eine Servitut nicht zustehe, vielmehr muß Implorat beweisen, daß er sich im Besitz des bestrittenen Dienstbarkeitsrechts befinde. l. 8. §. 3. D. 8. 5. Seuffert Erörter. Abth. II. no. 16. S. 73 ꝛc. Borst über die Beweislast im Civilproceß S. 106. 2. Ausg. Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen no. 64.

In Betreff des possesorii summariissimi hat sich gegen unseren im Bd. II. Abth. I. S. 45. gegen den Gerichtsbrauch, welcher häufig dessen Anwendung auch auf Fälle ausdehnt, in welchen nicht die öffentliche Ruhe durch Besitzstörungen gefährdet ist, ausgesprochenen Tadel, die Heidelberger Facultät folgendermaßen ausgesprochen: „Zwar ist das poss. summariissimum unbestreitbar zu dem Zwecke durch die Reichsgesetze und durch die Praxis ausgebildet worden, um Gewaltthätigkeiten und Störungen des öffentlichen Friedens vorzubeugen. Allein daß solche Störungen wirklich vorgenommen seyen, wird eben so wenig er-

Digitized by Google

fordert, als daß wenigstens eine Besorgniß vor denselben in concreto bestehen müsse. Nach der Praxis genügt die Berufung auf den jüngsten Besitz, und auf Nichtanerkennen desselben von Seiten des Beklagten; s. Emminghaus Pandekten d. g. Sächs. R. S. 226. no. 64. Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 167.

S. 159. not. *) Daß es von dem Grundsatz, welchen v. Savigny im System d. R. R. Bd. V. S. 6. aufgestellt, daß eine Klage durch eine eingetretene Rechtsverletzung bedingt sey, unserer im Bd. II. Abth. II. S. 161. Fr. 7. aufgestellten Behauptung gemäß, Ausnahmsfälle gebe, in welchen auch blos auf Anerkennung eines Rechts geklagt werden kann, wird durch ein von Hufnagel in den Mittheilungen aus d. Praxis d. Würtembergischen Gerichte, neue Folge H. I., angeführtes Präjudiz klar gemacht. — Die Gemeinde A. klagte gegen den k. Fiscus blos auf Anerkennung einer Holzgerechtigkeit zu Bauholzbezügen. Aufgefordert, ein gegenwärtiges Interesse nachzuweisen, bewieß sie, daß die Nothwendigkeit einer abermaligen Erweiterung ihres Schulhauses oder ein Neubau desselben in naher Zeit eintreten werde, bis zu welcher die Klage auf Anerkennung ihrer Gerechtigkeit nicht im Anstande gelassen werden könne. Der Gerichtshof erkannte, daß die Klägerin, welcher die von ihr behauptete Holzgerechtigkeit negirt werde, sich schon jetzt als in ihrem Rechte beeinträchtigt ansehen, und jetzt schon unzweifelhaft auf den Grund dieser Negation die confessorische Klage anstellen könne.

Auch in Seufferts Pand. Recht und Sarwey Monatsschrift Bd. XVI. S. 177. wird das Recht, aus einem Vertrag, wenn derselbe vom anderen Theil entschieden abgeläugnet worden ist, schon vor dem Verfall der darin stipulirten Verbindlichkeiten auf deren Anerkennung zu klagen, vertheidigt.

S. 160. Fr. 7. Der Satz: daß der Richter Zinsen auch ungebeten zuerkennen könne, versteht sich natürlich nicht von Vertragsmäßigen, sondern nur von Legalzinsen, z. B. Verzugszinsen, quae in officio judicis sunt.; vergl. Bd. II. Abth. II. S. 46. Fr. 5.

S. 161. Fr. 10. Daß der Besitzer einer Sache und der Quasibesitzer eines Rechts nicht zur Klagstellung provocirt werden könne, ist in dem Umfang zu verstehen, daß es dabei auf besondere Eigenschaften des Besitzes nach Dauer, Titel und guten Glauben nicht ankomme; s. Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert und Glücks Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 256.

S. 171. Fr. 29. Die Meinung Einiger, daß für die nach stattgefundener Unterbrechung der Wechselverjährung beginnende neue Verjährung nicht

Digitized by Google

die kurzen für die Wechselverjährung vorgeschriebenen Fristen, sondern die allgemeinen gemeinrechtlichen oder Landesgesetzlichen Vorschriften über das Zeiterforderniß bei der Klagenverjährung zur Anwendung kommen, läßt sich durch ausreichende Gründe nicht rechtfertigen; s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 240.

Ob zur erlöschenden Verjährung bona fides von Seite des Verjährenden erforderlich sey, — ist in der Sächsischen Jurisprudenz nach Const. Sax. P. II. c. 3. früher zwar bejahend beantwortet worden, der neuere Gerichtsbrauch aber hat sich für Verneinung der Frage entschieden, ausgenommen bei Klagen, welche auf eine species gerichtet sind, welche sich im Besitz des Gegners befindet*), oder wie die Facultät Halle in einem Urtheil v. J. 1841. (s. Sächsisches Wochenbl. f. Rechtsfälle 1852. S. 378.) sich ausdrückt, „bei Klagen, durch welche eine Sache verfolgt wird, wobei von conscientia rei alienae die Rede seyn kann Allein festzuhalten ist doch stets, daß fides dubia, welche aus dem Bewußtsein, ein Anderer formire Ansprüche auf jene Sache, entspringt, die mala fides an sich nicht erzeugt, sondern eine eigentliche mala fides superveniens erfordert wird, um in solchem Falle den Lauf der begonnenen Verjährung zu unterbrechen." S. 174. Fr. 5. Vergl. S. 192. Fr. 36.

Derjenige, welcher auf Herausgabe einer Sache wegen Näherrechts belangt wird, kann sich durch Verjährung schützen, ohne daß die replica malae fidei ihn träfe. C. 5. u. 20. X. 2. 20. sind nur anwendbar, wenn der Verjährende durch die Präscription vor Herausgabe einer fremden Sache sich schützen wollte. Der Retrahent ist aber bis dahin nicht Eigenthümer. Möllenthiel v. guten Glauben §. 22. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 312. Erk. d O. A. G. Jena in Emminghaus S. Pand. S. 790. no. 44 u. 48.

Die Ansicht der neueren Rechtsgelehrten, daß die Verjährungszeit des *interd. de precario* mit dem Moment der Hingabe des Gegenstandes anfange; welche besonders von Thon in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 51. gründlich ausgeführt ist, kann, gegen Hommel Obs. 212. u. 260. alleine als die gesetzmäßige angenommen werden. S. 176. Fr. 9a.

Daß bei terminlichen Leistungen nach 30 Jahren nur das Recht auf die einzelnen Gefälle, nicht aber das Recht überhaupt erlösche, so ferne nicht der Schuldner das Recht selbst verneint hat, und die Leistungen nicht blos accessorischer Natur sind, ist vom O. A. G. S. 177. Fr. 11.

*) s. Emminghaus Sächs. Pandekten S. 791. no. 47. u. S. 838. no. 9. 10. Schwarze und Heyne Unters. S. 283. Ed. II. vgl. vorzüglich die Samml. d. Entscheid. d. geh. Obertribunals in Berlin Bd. VII. S. 264.

Digitized by Google

in München als die richtige Meinung angenommen, und dafür auch c. 46. §. 9. de episc. et cler. (l. 3.) angeführt, mit dem Bemerken, daß die Argumente aus l. 35. §. 7. D. 39. 6. stipulatio una est, und l. 16. §. 1. D. 45. 1. stipulatio una est, et incerta et perpetua dagegen nicht in Betracht kommen, da bei deutlichen Anordnungen des Gesetzgebers entgegengesetzte Folgerungen aus der Natur der Sache zu weichen haben, überdies jene Gesetze nur von der Einheit der Stipulation in Betreff der Form (conceptio verborum) sprechen, auch die Vorschrift der l. 26. pr. C. 4. 32. durch die bei Zinsen gemachte Ausnahme zeigt, daß Justinian bei anderen terminsweisen Leistungen, welche nicht wie die Zinsen accessorischer Natur sind, die Verjährung auf die einzelnen fälligen Termine beschränkt wissen wollte; s. Seufferts Archiv für Entscheid. d. obersten Gerichte in den deutsch. Staaten Bd. III. H. 2. S. 165. Uebereinstimmend ist außer den schon angeführten auch Thibaut System §. 1020. Ed. 8. Puchta Vorlesungen Bd. I. S. 188. Emminghaus S. Pand. S. 784. no. 16. Gottschalk Disc. for. T. II. no. 1. 6. 8 29.

S. 180. Fr. 17a. Die hier über Verjährung der Klage wegen verzinslicher auf Kündigung stehender Forderungen vorgetragene Ansicht findet sich in einem Erkenntniß d. Ob. Tribunals in Stuttgart bestätigt; s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche. H. 3. S. 273.

S. 186. Fr. 25. Hinsichtlich der verneinenden Beantwortung der Frage: ob die Klagen des Fiscus wegen öffentlicher Abgaben der Verjährung unterliegen, welche der Verf. gleich anderen Rechtsgelehrten auf l. 6. C. 7. 39 *) gegründet hat, vgl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 423. Dabelow über Verjährung Th. II. § 123. ist es ihm von dem Recensenten in den krit. Jahrb. von Richter und Schneider sehr zum Vorwurf gemacht worden, daß er den Reichsabschied v. 1548. §. 59. nicht beachtet habe. Wenn es darauf ankäme, einen Fehler gut zu machen, so könnte dies auch noch durch weitere Anführung des Reichsabschieds v. J. 1576. §. 102. u. 103. geschehen, in welchem eben so wie in jenem den in den Reichsanschlägen begriffenen Ständen, die sich im Quasibesitze der Befreiung von Reichssteuern befinden, die Beibehaltung dieser Immunität zugesichert wird, falls nicht wider sie bewiesen werden könnte, daß sie je in Menschen Gedächtniß zu des Reichs Hülfen contribuirt und den Anschlag bezahlt haben. Der

*) Wo es heißt: nec cujuscunque temporis praescriptionem oppositam admitti. Bestritten ist hiebei nur, ob auch die unfürdenkliche Zeit hierin zu begreifen sey.

Digitized by Google

Verf. glaubt aber keiner Entschuldigung dafür zu bedürfen, daß er diesen Reichsabschieden so wenig als andere Rechtsgelehrte, s. Weiß System d. h. deutsch. Staatsr. §. 12. not. b. heutige Anwendbarkeit beigemessen hat. Ueber die in den meisten Staaten des deutschen Bundes bewirkte Aufhebung aller Steuerfreiheit, s. Klüber öffentl. Recht d. deutsch. Bundes S. 559. not. k.

Hinsichtlich der Verjährungszeit der fiscalischen Klagen folgt das O. A. G. in München der von v. Savigny und Puchta vertheidigten Lehre, daß diese Klagen nicht erst in 40, wie Schweppe im röm. Privatr. Bd. I. §. 172. und Andere behaupten, sondern in 30 Jahren verjähren; s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 247. Uebereinstimmend sind die Lehrbücher von Wening-Ingenheim, v. Wangerow, Puchta und Sintenis Civilr. Bd. I. S. 289. S. 187. Fr. 28. lit. c.

Gegen die von Mehreren behauptete 50jährige Präscriptionszeit der Zurückforderung einer Spielschuld, s. Thibaut über Besitz u. Verj. §. 47. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 326. Dabelow über die Verj. Th. II. §. 157. S. 212. ist zu erinnern, daß die l. 3. C. de aleatoribus (3. 43.), auf welche sich diese Behauptung gründet, zu den vielen nicht glossirten Stellen im Codex gehört; s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 289. not. 6. S. 188. Fr. 28.

Die 10- resp. 20jährige Präscription der Nichtigkeitsklage der Minderjährigen wegen verschenkter Güter derselben versteht sich nur von verschenkten Immobilien, denn wegen verschenkter Mobilien kann diese Klage schon nach 3 Jahren durch die exc. justi dominii zurückgewiesen werden; s. Richter und Schneider krit. Jahrb. d. deutsch. Rechtsw. Jahrg. 44. S. 147. S. 189. Fr. 29. lit. b.

Daß nicht allein bezüglich des Mutterguts, sondern auch überhaupt wegen des dem väterlichen Nießbrauch unterworfenen Vermögens der unter väterlicher Gewalt befindlichen Kinder während deren Dauer die Klagen dieser Kinder ruhen, und die Verjährungsfrist erst mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt zu laufen anfängt, ist aus der Verbindung der l. 1. 2. C. 6. 60. welche die Pflicht des nutznießenden Ascendenten, für die Erhaltung dieser Art von Adventizgut zu sorgen, nur ganz besonders hervorhebt, mit anderen Gesetzstellen, welche in sehr allgemeinen Ausdrücken sprechen, abzunehmen; Nov. 22. c. 24. — l. 1. §. 2. C. 7. 40. während die Gesetze es dem Richter ausdrücklich zur Pflicht machen, gesetzliche Bestimmungen wegen Identität der Gründe auch auf andere übergangene Fälle anzuwenden; s. Erk. d. Cassations- u. Revisionshofs in Berlin, in Volkmar Jurisprudenz S. 251. S. 191. Fr. 32.

Digitized by Google

S. 192. Fr. 35. lit. c. Daß die Unterbrechung der Klagsverjährung schon durch Anbringung der Klage, und wohl selbst dann, wenn diese angebrachtermaßen abgewiesen wird, bewirkt werde, findet man zwar besonders in Sachsen fast von allen früheren Schriftstellern, und neuestens noch im 1841sten Jahrg. des Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle no. XI. S. 82 statuirt, indessen hat schon Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverjährung Lpz. 1843. S. 2. not. 6. bemerkt, daß der oberste Gerichtshof sich in seinen Entscheidungen hierüber nicht gleich geblieben sey, und nun ist durch ein Gesetz v. 20. Juni 1846 der Grundsatz festgestellt, daß die Unterbrechung der Extinctivverjährung nicht schon durch die bloße Ueberreichung der Klagschrift bei Gericht, sondern erst durch die legale Insinuation der darauf zu erlassenden Vorladung erfolge. — Auch gemeinrechtlich hat sich gegen jene frühere, auch neuerlich noch von Sintenis im prakt. gem. Civilr. Bd. I. S. 299. not. 52. beharrlich vertheidigte Meinung, die Jurisprudenz vorherrschend vielmehr dafür entschieden, daß auch die Insinuation des ersten die Ladung verfügenden Decrets zur Unterbrechung der Verjährung erfordert werde; s. Heffter Instit. d. Civilpr. S. 293. Bayer Vorträge S. 314. Zimmern der röm. Civilprozeß Bd. I. §. 21. 22. v. Savigny System d. h. r. R. Bd. V. S. 316. insbesondere mit Verwerfung des von v. Vangerow in s. Pandekten Bd. I. dahin gemachten Unterschieds, daß zwar die 30jährige Verjährung durch die Insinuation, die frühere aber durch die Litiscontestation unterbrochen werde, ferner mit gleicher Verwerfung des eben erwähnten Unterschieds Puchta Vorlesungen S. 191. vielmehr nur mit Ausnahme des einzigen Falles, wenn die Vorladung wegen Abwesenheit des Beklagten nicht erfolgen kann, l. 2. C. 7, 40. So auch Pfotenhauer l. c. welcher bemüht gewesen ist, den Ungrund der Ansicht, daß schon die Klaganbringung zur Unterbrechung der Verjährung genüge, in einer dogmatischen Abhandlung zu beweisen.

Daß außergerichtliche Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung nicht genüge, s. Seuffert P. R. §. 29. v. Savigny System Bd. V. S. 315. wird auch durch ein Erk. d. K. Bayerischen Oberapp. Ger. bestätigt; s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 365. Dasselbe Erkenntniß nimmt auch mit v. Savigny l. c. S. 314. an, daß die Unterbrechung durch Anerkenntniß der Schuldverbindlichkeit nicht jeder Aeußerung, sondern nur einer solchen Handlung zugeschrieben werden könne, welche die Natur eines Rechtsgeschäfts hat. Das Anerkenntniß müßte von der Beschaffenheit seyn, daß im Falle es gerichtlich abgelegt seyn würde, der Grundsatz „confessus pro ju-

Digitized by Google

dicato habetur" in Anwendung gebracht werden dürfte; s. Seuffert und Glück l. c. S. 367.

Nach Sächsischer Praxis soll zufolge Const. El. P. I. c. 25. der Richter sogar verpflichtet seyn, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu suppliren; s. Emminghaus S. Pand. S. 782. no. 11. Schwarze und Heyne Unters. S. 122. jedoch ist in einem daselbst S. 278. no. VIII. angeführten Erkenntniß des O. A. G. angenommen worden, daß der Richter nach const. cit. nicht unbedingt verpflichtet sey, die exc. praesc. ex officio zu attendiren. S. 193. Fr. 44.

Die Literatur über die Streitfrage: ob die Verjährung einer Temporalklage das ganze Recht, oder nur das Klagrecht aufhebe, findet sich vollständig in Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. I. S. 302. Für die stärkere Wirkung erklärt sich der Verfasser selbst, wofür sich auch Thibaut gegen seine frühere Meinung, s. dessen Abh. über Besitz und Verj. §. 39. zuletzt im System d. Pand. R. §. 1019 der 8. Ausg. und §. 205 der 9. Ausg. bestimmt hat, und der Sächsische Gerichtsbrauch anzuführen ist, s. Emminghaus S. Pand. S. 783. no. 14. v. Hartitzsch Entscheid. no. 429. Langenn und Kori Erörter. Bd. III. no. 21.; dagegen für die schwächere Wirkung: Puchta Vorlesungen Bd. I. §. 92. und die bereits angeführten Schriftsteller. Auch in einer neueren sehr schätzbaren Monographie von Erxleben, die condictiones sine causa I. S. 28. wird behauptet: daß die praescr. temporis ihrem ganzen Wesen nach blos gegen die Klage gerichtet sey, nicht gegen das Recht selbst, also blos die Klagbarkeit zerstöre, vielmehr eine weitere Ausdehnung ganz willkürlich wäre, und über die Natur des Instituts hinausgienge. S. 195. Fr. 45.

S. 195. Fr. 45. Zeile 8 von oben: statt „Obligationen" lies: „Exceptionen."

Nachtrag.

Daß eine Klagverjährung im Fall der l. 16. C. 3. 28.*) als nicht begonnen angesehen wird, rührt daher, daß in jener Coderstelle die qu. inofficiosi als subsidiär aufgefaßt ist. Die Kläger konnten, bevor über die hereditatis petitio entschieden war, nach damaligem

*) Diese Gesetzstelle sagt nämlich: wenn jemand erst die Nichtigkeitsklage gegen ein Testament angestellt hat, und über diesen Prozeß die 5 Jahre von Zeit der angetretenen Erbschaft an, innerhalb welcher die qu. inoff. test. verjährt, verflossen sind, so kann ihm doch; wenn er nachher die qu. inoff. test. anstellen will, die Einrede der Verjährung nicht entgegengesetzt werden; vgl. Unterholzner Verjährungslehre I. S. 445. Mühlenbruch Forts. v. Glücks P. K. Bd. XXXV. S. 360. not. 37.

Digitized by Google

Rechte gar nicht zur Verhandlung der qu. inoff. vor dem Gerichte gelassen werden. Unrichtig will man daher jenes Gesetz auch dann anwenden, wenn willkührlich der Kläger unter zwei ihm im nemlichen Momente zustehenden Klagen die Eine, vielleicht ihm mehr Vortheil versprechende, z. B. die Lehnsrevocatorienklage wählte, während er auch eine Retractsklage hätte erheben können, s. Erk. d. O. A. G. in Jena, im Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 397.

Die Verjährung der Litispendenz wird — wie in einem Urtheil der Halleschen Facultät v. J. 1841. gezeigt ist, nicht allein durch Handlungen der Partheien, sondern auch des Gerichts unterbrochen. Schon die l. 9. C. 7. 39. darf verb. „cognitio" nicht blos von jenen verstanden werden; l. 22. D. 49. 1. Das in Deutschland übliche schriftliche Verfahren führt nothwendig auf Thätigkeit des Richters, wobei die Partheien nicht mitwirken, nemlich auf schriftliche Decrete; s. v. d. Nahmer Entsch. II. S. 329. Linde's Zeitschr. II. S. 179. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 379. — Daß Nov. 23. c. 2.*) in Fällen an Obergerichte, welche formell nomine Principis sprechen, gediehener Appellationen unanwendbar ist, wurde 1823. vom O. A. G. in Dresden angenommen. Nehrhof Arch. V. S. 81. Das O. A. G. Cassel schloß obige Verjährung aus: a) bei rechtskräftig entschiedenen Sachen, wo schon 30 Jahre hinreichen; b) bei Concursen, wo officielle Betreibung Pflicht des Gerichtes ist; s. Strippelmann Entsch. III. Abth. 2. S. 98.

Restitutionen.

a) allgemeine Grundsätze.

S. 210. Fr. 5. lit. h. Obwohl im Allgemeinen gegen Delictsstrafen keine Restitution stattfinden kann, so scheint dieselbe doch bei blos culposen Delicten allerdings zulässig zu seyn. Ganz ausdrücklich wird dieser Unterschied anerkannt bei der Umgehung der Zölle (commissum), deren Bestrafung nach l. 9. §. 5. D. 4. 4. — l. 16. §. 9. D. 39 4. im Fall der bloßen culpa durch Restitution abgewendet werden kann; vgl. l. 1. C. 2. 35. v. Savigny System Bd. VII. S. 139.

S. 215. Fr. 20. Häufig wird behauptet, neuerlich von Puchta in s. Pandekten §. 101. not. d. Ed. II. nur die Minderjährigen könnten sowohl

*) Welche von dem Fall spricht, da des Kaisers Majestät durch Beschäftigung mit anderen Dingen abgehalten ist, einen Rath zu halten.

Digitized by Google

wegen entgangenen Gewinns als wegen erlittenen Verlusts Restitution erlangen. Dieser durch die bereits von uns angeführten Gesetzstellen widerlegte Irrthum wird von v. Savigny im System s. h. R. R. Bd. VII. S. 122. dahin berichtigt. Man muß unterscheiden zwischen einem solchen Gewinn, wodurch ein Anderer an seinem schon erworbenen Vermögen verkürzt wird, und dem Gewinn, wobei dieser Fall nicht eintritt. Der Erste, wovon Beispiele in l. 37. pr. D. 4. 4. — l. 18. D. 4. 6. — l. 17. §. 3. D. 22. 1. l. 20. D. 4. 6. soll niemals Grund einer Restitution werden können, weder für einen Minderjährigen, noch für einen Andern. Gegen die Versäumniß desjenigen Gewinns aber, wodurch nicht zugleich Anderen schon erworbenes Vermögen entzogen wird, soll allerdings sowohl Volljährigen als Minderjährigen beim Vorhandenseyn eines Restitutionsgrunds Restitution ertheilt werden l. 1. 2. C. 2. 40. — l. 17. pr. §. 1. l. 41. D. 4. 6. l. 27. D. eod.

Die Restitution eines Minderjährigen wird an und für sich durch die obrigkeitliche Bestätigung des Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen, aber die Ausschließung derselben wird gleichwohl de facto daraus erfolgen, daß es an dem gesetzlichen Erforderniß, nemlich an einer aus jugendlicher Unerfahrenheit entstandenen Verletzung fehlen wird; s. S. 227. Fr. 1ª v. Savigny System Bd. VII. S. 159. — l. 7. §. 2. D. 4. 4.

Ueber die Frage: ob die Restitution des Principalverpflichteten auch den Bürgen zu Gute komme, haben sich mancherlei Zweifel erhoben, obgleich die l. 32. D. 46. 1. es als allgemeines Princip ausgesprochen hat: ex persona rei et quidem invito reo exceptio et caetera rei commoda fidejussori caeterisque accessoribus competere possunt. Bei einer durch Betrug oder Zwang erzeugten Schuld hat die Sache keine Schwierigkeit, weil die dem Hauptschuldner zustehende exc. doli und metus vom Bürgen eben so wohl erhoben werden kann, und es da gar keiner Restitution bedarf; l. 7. §. 1. D. 44. 1. Bei der Bürgschaft für einen Minderjährigen ist es anders; der Bürge kann, wenn er nicht auch minderjährig ist, auf die gegen ihn erhobene Klage nicht aus der Person des Minderjährigen das auxilium restitutionis anrufen, wie wohl Burchardi von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 407 ꝛc. dafür hält, wogegen aber selbst die von ihm angeführte l. 7. §. 1. D. 44. 1. übereinstimmend mit l. 1. 2. C. 2. 24. — l. 95. §. 3. D. 46. 3. — l. 24. pr. D. 4. 4. spricht; s. Puchta Vorlesungen S. 219. v. Savigny System Bd. VII. S. 217. S. 228. Fr. 3.

Digitized by Google

Muß er nun aber zahlen, so hat er gegen den Hauptschuldner keinen Regreß, weil dieser ihm sein beneficium minorum entgegenhält. Um aber doch zur Mittheilung des benef. minor. zu gelangen, hält v. Savigny l. c. dieses für den sichersten Weg: der Bürge muß sich gegen die zunächst wider ihn erhobene Klage des Gläubigers mit der exc. excussionis schützen, und wenn er nun diesen hiedurch zur Klage gegen den minderjährigen Hauptschuldner genöthigt hat, so soll der Beklagte sowohl gegen ihn als gegen den Bürgen Restitution suchen, l. 13. pr. D. 4. 4. Ergiebt sich nun, daß der Bürge sogar eben wegen der dem Gläubiger aus der Minderjährigkeit des Hauptschuldners drohenden Gefahr sich verbürgt hat, dann kann natürlich dem Bürgen die Restitution nicht zu Gute kommen, Paulus I. 9. §. 6. ist dies, aber nicht der Fall, oder hat der Bürge vielleicht gar nicht gewußt, daß der, für den er Bürgschaft leistete, minderjährig sey, so soll in einem judicio communi erwogen werden, ob das dem Hauptschuldner zustehende beneficium auch dem Bürgen mitzutheilen sey. Perpendendum ergo erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori l. 13. cit. Wie aber, wenn der minor kein solches commune judicium herbeiführt, sondern sich mit der Restitution gegen den Gläubiger begnügt, und dadurch dem Bürgen die Gelegenheit entzogen hat, seinen Anspruch auf die Theilnahme an der Restitution geltend zu machen? — Dann hält v. Savigny im System Bd. VII. S. 222. dafür, daß dem Bürgen gestattet seyn müsse, seine Regreßklage gegen den Minderjährigen gleich jetzt geltend zu machen, um den Minderjährigen zu einer Cession seiner Restitution zu zwingen, die er dann gegen den Gläubiger geltend machen kann. Dafür spreche die Entscheidung des Paulus in einem ähnlichen Fall, l. 24. pr. D. 4. 4. Die gewöhnliche Lehre geht lediglich dahin: da in einigen Gesetzstellen die Möglichkeit, daß dem Bürgen geholfen werde, s. l. 51. D. 3. 3. — l. 3. §. 4. D. 4. 4. — l. 13. pr. D. 4. 4. in anderen l. 1. 2. C. 2. 24. — l. 95. §. 3. D. 46. 3. —, daß die Haftung des Bürgen bleibe, ausgesprochen ist, so muß man nach Pauli rec. sent. I. 9. §. 6. u. l. 95. §. 3. D. 46. 3. die Unterscheidung annehmen, ob der Bürge eben für den Fall der Wiedereinsetzung des Schuldners wegen Minderjährigkeit zu haften sich anheischig gemacht habe, oder nicht, und kann nur im ersten Fall die dem minor. ertheilte Restitution dem Bürgen absprechen; s. Puchta Vorlesungen §. 405. v. Wangerow Pand. I. S. 239. Sintenis Civil I. S. 395. Seuffert Pandekten Bd. III. §. 666. No. 5.

Digitized by Google

b) wegen Furcht und Zwang.

Die gewöhnliche Lehre geht dahin, daß die *actio quod metus causa* auch gegen den dritten selbst unschuldigen Besitzer gehe; s. Thibaut Pand. §. 1006. Seuffert Pand. §. 423. Mühlenbruch Pand. §. 163. Auch in Puchta's Pandekten §. 385. wird gelehrt: Klage und Einrede (quod metus causa) können gegen Jeden gebraucht werden, an den und soweit an ihn etwas in Folge einer Gewalt gekommen ist, und v. Savigny im System Thl. VII. S. 192. drückt sich auf ähnliche Weise aus, indem er act. und exc. qu. m. c. gegen jeden Dritten gestattet, der sich in der Lage befindet, die nachtheiligen Folgen des Zwanges von dem Gezwungenen abwenden zu können. Indem daher der act. qu. met. causa allgemein gemäß l. 9. §. 1. 3. l. 10. pr. l. 14. §. 5. D. 4. 2. — l. 4. §. 33. D. 44. 4. die Eigenschaft einer act. *in rem* beigelegt wird, möchte es sich damit wohl nicht vereinbaren, wenn Dollmann in Seuffert u. Glücks Bl. f. R. A. Bd. XVI. S. 132. aus l. 14. §. 3. D. 4. 2. folgert: „der Anspruch an den Dritten müsse gleichwohl auf den Fall beschränkt werden, wenn dieser einen Vortheil durch das mittelst Zwang erpreßte Geschäft erlangt habe,*) und nur der Besitzer der abgenöthigten Sache könne mit der qu. m. c. act. belangt werden, mit welchem entweder das negotium metus causa selbst abgeschlossen wurde, oder welcher zu letzterem in einem Successionsverhältniß steht, und also als Erbe oder als Singularsuccessor in den Besitz der abgenöthigten Sache gekommen ist.“ S. 218.

Glück im P. R. Bd. IV. S. 179. gründet auf die citirte l. 14. §. 3. D. 4. 2. eine andere Distinction; er sagt nemlich: wenn jemand durch die von einem Dritten erregte Furcht angetrieben ward, seinem Mitcontrahenten etwas nach der Intention dieses Dritten zu versprechen, so komme es darauf an, ob der Promissar etwas von diesem Zwang gewußt habe, oder nicht. Im ersten Fall erkennt Glück l. c. den Vertrag für ungültig, im zweiten Fall unterscheidet er weiter, ob der Vertrag schon erfüllt ist, oder nicht. Nur wenn er noch nicht erfüllt ist, könne sich der Promittent gegen Jeden, der ihn aus diesem Vertrag belangt, mit der exc. metus schützen. Auch diese Unterscheidung

*) Dagegen ist zu erinnern, daß die dafür angezogene l. 14. §. 3. D. 4. 2. den Fall, da meine mir vom Andern durch Furcht und Zwang abgepreßte Sache an einen Dritten gelangt ist, welcher vielmehr in l. 14. §. 5. cit., aber nicht in Dollmanns Sinn entschieden ist, gar nicht berührt, sondern den ganz verschiedenen Fall, da Einer dem Andern etwas zu geben, oder ihn von einer Schuld zu liberiren, durch die von einem Dritten erregte Furcht getrieben wurde.

Digitized by Google

wird mit den Gesetzen nicht für vereinbarlich erkannt von Sintenis im Civilr. Bd. II. S. 293. not. 5. u. v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 285. §. 605.

c) wegen Betrugs.

S. 219. §. 3. Das Verhältniß zwischen der actio doli und der Restitution *ex capite doli* ist folgendermaßen zu bestimmen. Bekanntlich ging die actio doli nie gegen einen Dritten, ist nun aber der Betrüger zahlungsunfähig, so kann der Betrogene, um nicht mit seiner persönlichen Klage gegen den Betrüger im Concurs durchzufallen, Restitution wegen Betrugs und dadurch eine in rem actio erlangen, s. v. Savigny System Bd. VII. S. 201 ꝛc. Im Fall einer schädlichen Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft, wozu man durch Betrug verleitet wurde, kann wegen der unbestimmten Wirkungen der betreffenden Handlungen auf viele fremde Handlungen und Personen die nur gegen den Betrüger zulässige actio und exceptio doli nicht ausreichend seyn, es ist aber, indem diese in l. 9. §. 1. l. 40. D. 4. 3. gegeben wird, die desfalls vortheilhaftere restitutio ex capite doli nicht ausgeschlossen; s. v. Savigny l. c. — In manchen Fällen, besonders wegen Nachtheilen, welche im Proceß widerfahren sind, wird, weil die actio doli entehrend war, der Restitution von den Gesetzen der Vorzug gegeben, l. 1. §. 6. D. 4. 3. — l. 7. §. 1. D. 4. 1. — l. 33. D. 42. 1.

Wenn der Betrug nicht von dem andern Contrahenten, sondern von einem Dritten verübt worden ist, so kann zuweilen die Restitutionssuchung ganz wesentlich zum Zweck führen; z. B. wenn ein Dritter mich in böswilliger Absicht verhindert, vor Gericht zu erscheinen, wodurch ich der Klagenverjährung unterliege, dieser Dritte aber, gegen welchen ich eine actio in factum hätte, zahlungsunfähig ist, so kann mir nur durch die Restitution gegen den unschuldigen Gegner geholfen werden, l. 3. §. 1. D. 2. 10. Wenn jemand zur Hälfte ein Erbrecht erwirbt, dann als Erbe verklagt wird, und auf die interrogatio in jure, zu welchem Theil er Erbe sey, wider besseres Wissen erklärt, er sey der einzige Erbe, so trifft ihn zur Strafe der Nachtheil, daß er im Fall der Verurtheilung für die ganze Schuld haften muß. Ist er nun aber zahlungsunfähig, so erhält der Kläger Restitution (wegen Betrugs eines Dritten), um gegen den Miterben, welcher außerdem auf seine Kosten bereichert würde, auf die Hälfte der Schuld klagen zu können; l. 18. D. 11. 3.

Demnach wird man wohl mit v. Savigny l. c. der Meinung Einiger, daß eine Restitution wegen Betrugs durch die actio und exceptio doli überflüssig geworden, s. Göschen Vorlesungen I. S. 569.

Digitized by Google

daher im heutigen Recht völlig verschwunden sey, weil der im römischen Recht daraus, daß die act. doli eine actio famosa war, abzuleitende Unterschied h. z. T. weggefallen ist, s. Puchta Pandekten §. 100. not. c. und §. 102. entgegentreten müssen.

Nach den Rechtsquellen erscheint die exc. doli als eine exc. in rem, ex persona ejus, qui exceptionem objicit, l. 2. §. 2. D. 44. 4., sie steht nemlich nicht nur demjenigen zu, gegen den der dolus verübt worden, sondern auch jedem Dritten, der in Beziehung auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß darunter leiden soll, daß auf Herstellung dieses Verhältnisses ein dolus eingewirkt hat. Sie ist aber nicht, wie die exc. metus eine exc. in rem ex persona ejus, cui objicitur, denn nur demjenigen darf sie entgegengestellt werden, welcher den dolus als ausgegangen von ihm verschuldet, oder in Folge besonderer Beziehungen den dolus auch als factum eines Dritten zu vertreten hat. S. 220. Fr. 2.

Kritz in der Samml. v. Rechtsfällen Bd. V. S. 1. findet in dieser verschiedenen Behandlung beider Exceptionen um deswillen, weil die exc. metus eigentlich in der exc. doli begriffen war, und sich zu dieser wie species zum genus verhält, l. 33. §. 4. D. 44. 4. eine Incongruenz, welche sich nur historisch erklären lasse, indem die exc. doli späteren Ursprungs als exc. metus, wohl aber zuverlässig früher als die act. doli vom Edict eingeführt gewesen sey, mithin das Edict über exceptio und dann actio doli späteren Ursprungs sey, als das Edict quod vi metusve gestum, und daß, als exc. doli gegeben wurde, der Prätor keine Ahnung davon hatte, in dem erweiterten Sinne, den eine spätere Praxis dem Worte dolus beilegen werde, sey der Begriff vis metusve aufzugehen bestimmt. H. z. T. müßten daher beyde Exceptionen in gleicher Ausdehnung behandelt werden.

d) wegen fraudulenter Veräußerung des Schuldners.

Mit der act. Paulliana kann eine dos, welche der Cridar einer Tochter zum Nachtheil der schon zur Zeit ihrer Bestellung vorhandenen Gläubiger gab, auch ohne daß diese seine Insolvenz kannte, zurückgefordert werden. Ist auch nach gemeinem Rechte die Dotation unter Umständen Pflicht des Vaters, so gehört sie doch nicht unter die onerosen Geschäfte, l. 25. §. 1. D. 42. 3.; sie soll nach Verhältniß des Vermögens des Vaters abgemessen werden, l. 69 § 4. D. 23. 3. Dieses ist nur in so weit vorhanden, als es von Schulden frei ist; l. 72. pr. D. ib. — l. 39. §. 1. D. 50. 16., folglich sind l. 10. §. 14. — l. 25. §. 1. D. 42. 3. — l 2. C. 7. 75. anwendbar. — So entschied Ao. 1847. das O. App. Ger. in Dresden; s. Wochenbl.

Digitized by Google

für Rechtsfälle 1847. S. 356. Uebereinstimmend ist Laspeyres im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 48. Vgl. übrigens Bd. II. Abth. II. S. 1017. über diese Materie. Glück P. K. Bd. XXV. S. 14. s. auch das Supplement zum Bd. II. Abth. II. S. 1019.

e) wegen Minderjährigkeit.

S. 225. Zu den Fällen, wo *restitutio minorum* wegfällt, gehört auch die Restitutionssuchung gegen ein Darlehn, welches ein wenigstens 18 Jahre altes Kind zur Befreiung seiner Eltern aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115. c. 3. §. 13. desgl. gegen einen Vergleich zwischen Brüdern über ein Fideicommiß, welches ihnen der Vater gegenseitig auf den Fall, wenn der Eine von ihnen ohne Kinder versterben sollte, auferlegt hat, l. 11. C. 2. 4.

Daß ein Minderjähriger gegen den nach Obrigkeitlichem Veräußerungsdecret um das Meistgebot erfolgten Zuschlag eines verkauften Guts restitutionem in integrum, wenn nachher ein bedeutendes Mehrgebot erfolgt, verlangen könne, mithin eine nochmalige Subhastation vorzunehmen sey, statuiren v. Bülow und Hagemann Erört. Bd. IV. S. 234. Gebr. Overbeck Medit. Bd. II. no. 73.

Die Meinung Einiger, daß zur Restitution eines Minderjährigen gegen ein von ihm eingegangenes Eheverlöbniß nicht die bloße Minderjährigkeit genüge, sondern auch die Bescheinigung eines wirklichen Nachtheils erfordert werde, wie v. Bülow und Hagemann in d. Erörter. Bd. IV. S. 341. behaupten, scheint aus der Natur der Sache genugsam widerlegt zu seyn von Glück P. K. Bd. VI. S. 15. cf. Boehmer J. E. Pr. Tom. III. Lib. IV. tit. I. §. 88.

S. 229. Fr. 10. Rechtsgeschäfte eines Minderjährigen, welche derselbe ohne Einwilligung eines Curators vorgenommen hat, sind — wenn auch nach Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 413 ꝛc. nach römischem Recht ein Anderes zu statuiren wäre — doch nach deutschem Recht, mit Rücksicht auf die Reichspolizei-Ordnung v. J. 1519. Tit. 31. §. 1. und 1577. Tit. 32. §. 1. ohne Zweifel nichtig, soferne sie eine Verfügung über sein Vermögen unter den Lebenden betreffen; Glück P. K. Bd. XXX. S. 63. Eine Ausnahme hievon wird gewöhnlich in Ansehung derjenigen Minderjährigen gemacht, welche der Staat selbst für tüchtig erklärt hat, eine gewisse Kunst oder Handthierung, insbesondere Handlung zu treiben; s. Glück l. c. Bd. V. S. 548. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 535. (481.) Thibaut Pand. §. 548. Die Ausdehnung auf Doctoren der Rechte, s. Glück l. c. V. S. 548. verwirft

Digitized by Google

Burchardi in d. Lehre d. Wiedereinsetzung in d. vor. Stand S. 223. in ihrer Allgemeinheit, wegen vorgeblichen Rechtsirrthums könnte freilich dem minderjährigen Doctor der Rechte keine Restitution zustehen, allein der Restitution der Minderjährigen liegt ja nicht Rechtsunkunde, sondern andere Mängel der Jugend liegen ihr zu Grunde. Es muß also möglich seyn, auch bei solchen die eingetretene Läsion auf die inconsulta facilitas juventutis zurückzuführen. Uebereinstimmend hiemit ist Sintenis im Civilr. Bd. I. S. 375. not. 63.

Daß der Betrieb einer Ackerwirthschaft von dem benef. rest. minor. nicht ausschließe, wurde mit Recht von dem O. A. G. in Cassel angenommen, s. Strippelmann Entsch. I. S. 311.; denn hier tritt der bei concessionnirten Gewerben obwaltende Grund einer stillschweigend ertheilten venia aetatis nicht ein.

Daß der Minderjährige, gegen die vom Vormund für ihn gemach- S. 230.
ten Ehrenausgaben nicht restituirt zu werden verlangen kann, folgt, Fr. 16.
wenn gleich die hier angeführte l. 9. §. 1. D. 4. 4. nicht als Beweisstelle gelten mag, doch ohne Zweifel aus den im Bd. I. S. 632. Fr. 32. angeführten Gesetzen, welche dem Vormund, herkömmliche Ehrenausgaben aus dem Vermögen des Mündels zu machen, gestatten.

Die Frage: ob und wie das quadriennium restitutionis auch S. 230.
auf moralische Personen, welchen die Rechte der Minderjährigen einge- Fr. 17.
räumt sind, Anwendung finde, wird verschieden beantwortet. Einer extremen Entscheidung begegnet man in Richters Aufsätzen über verschiedene Rechtsfragen gezogen aus Civil-Rechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen im Königreich Würtemberg no. XXV. dahin, daß der Fiscus, weil er nie volljährig werde, immer, und mithin ohne alle Rücksicht auf ein den physisch minderjährigen erst von Anfang ihrer Volljährigkeit an laufendes quadriennium restituirt werde. Einer dem Geist der Verjährungsgesetze so offenbar widerstrebenden und bezüglich des Fiscus, dem nicht einmal in den Gesetzen, sondern nur durch die Praxis die jura minorum beigelegt sind *), um so auffallenderen Meinung entgegen wird gewöhnlich angenommen, das quadriennium laufe den moralischen Personen von der Zeit an, da sie den erlittenen Schaden in Erfahrung gebracht haben, aber obgleich sich für diese Meinung die Praxis entschieden zu haben scheint, s. Glück P. R. Bd. VI. S. 25. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 236., so ist es der Theorie nach doch wohl richtiger, den Anfangspunkt auf die Zeit der

*) s. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 263. Reinhardt zu Glück Bd. II. S. 219.

Digitized by Google

Läsion, selbst zu setzen, ohne Rücksicht darauf, wann der Verletzte sie inne geworden *), denn dies wird überhaupt in den Verjährungsfristen nicht beachtet, l. 12. C. 7. 33. —

Justinian hat in der l. 7. c. 2. 53. für das quadriennium restitutionis den Anfangepunkt ebenso bestimmt, wie er vor dessen Einführung für den annus utilis bestimmt war, nämlich mit dem Moment der Läsion, nur daß in dessen Lauf die Tage nicht mitgezählt wurden, in welchen potestas experiundi fehlte. Auf die Bestimmung des Anfangs hat das utile tempus keinen Einfluß, auch bei dem annus utilis ist kein Wissen erforderlich, s. Puchta l. c. v. Vangerow l. c. — Auch das canonische Recht berechnet das quadriennium nicht a die cognitae laesionis, sondern a tempore laesionis Clem. un de restit. in integr. (1. 11) und nur zum Besten der Kirchen ist die singulaire Bestimmung in c. 1. und 2. de rest. in integr. in VI^to (1. 21) gegeben, daß sie auch nach 4 Jahren noch Restitution erlangen können, wenn Betrug oder Prävarication die Versäumung herbeigeführt hat, oder sonst eine causa rationabilis obwaltet **).

Auch bei der Restitution der physisch Minderjährigen kommt die ähnliche Streitfrage in Anregung, ob die vierjährige Frist unbedingt vom Eintritt der Volljährigkeit an beginne, wie aus l. 7. C. 2. 53. abgenommen wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 236. Vermehren im civil. Archiv Bd. X. S. 394. und die dort angeführten Rechtslehren, oder ob außerdem noch erfordert werde, daß der Verletzte auch wirklich Kenntniß von der erlittenen Verletzung erlangt habe. Es ist bemerkenswerth, daß das O. A. Ger. in Wiesbaden (s. Flach Entscheid. Th. I. S. 106) das zweite Erforderniß zu verwerfen keinen Anstand genommen hat, ungeachtet für dasselbe eine die theoretische Prüfung freilich wohl nicht aushaltende Praxis sich sehr allgemein entschieden hat, indem deren Vertheidiger behaupten, das quadriennium

*) Unterholzner Verjährungslehre §. 153. v. Savigny System Bd. III. S. 409 und 415. Burchardi l. c, S. 516. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. g. Civilr. Bd. III. S. 431. §. 556. Puchta Vorlesungen §. 103. Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. I. S. 389. not. 123. Seuffert Lehrb. d. Pand. Rechts. Bd. III. §. 667.

**) Aus diesem Grund, nämlich weil das canonische Recht in c. 1. u. 2. de rest. in integr. in VI^to sehr deutlich eine Negligenz voraussetzt, um den Zeitablauf von 4 Jahren zu begründen, billigt v. Vangerow l. c. die Praxis, weil das canonische Recht dem römischen Recht derogirt. Er betrachtet nämlich die angeführte Stelle nicht blos als eine singulaire Bestimmung zum Besten der Kirchen.

Digitized by Google

sey nur ratione cursus continuum, nicht ratione initii, laufe also erst vom Tag der Wissenschaft an; s. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 49. von Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 425. §. 554. Dabelow über Verjährung Th. II. S. 230. und die obigen Citate, — wogegen wohl nächst den vorbemerkten Gründen sich mit Puchta l. c. auch auf den Grundsatz zu berufen wäre, gegen die Restitutionsverjährung giebt es keine Restitution.

Wie der Anfang der Volljährigkeit bei Demjenigen zu rechnen ist, welcher an einem Schalttag geboren ist, bestimmt l. 3. §. 3. D. 4. 4. si bissexto natus est, sive priore sive posteriori die, Celsus scripsit, nihil referre, nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies kalendarum intercalatur.

Die Frage: ob das nach den Gesetzen auf die Communen, civitates, respublicae ausgedehnte Minderjährigkeits-Privileg auf Städte zu beschränken, oder auch Landgemeinden gleiche Restitutionswohlthat ansprechen können, wird häufig zum Nachtheil der Letzteren entschieden; s. d. Erkenntniß des O. A. G. in Cassel in Strippelmanns Sammlung Th. III. Abth. II. S. 150., zu Gunsten der Letzteren aber dürfte aus folgendem Grund zu entscheiden seyn. Den Römern war die Ausbildung unserer Gemeindeverfassung unbekannt, denn eigentliche Dörfer hat die römische Verfassung nicht gekannt, cf. l. 30. D. 50. 1. — Da aber jetzt die Municipal-Verfassung auf Dörfer ausgedehnt ist, und diese eigene Gemeinden bilden, so muß ihnen auch als solchen die Restitution der Minderjährigen, wie früher den Städten zugestanden werden. Für diese Meinung bezeugt die Würtembergische Praxis Richter l. c. S. 210. mit Beziehung auf Consilia Tubing. T. I. cons. 17. no. 25. Malblanc Principia §. 115. Uebereinstimmend ist Burchardi Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 261. v. Savigny System Bd. VII. S. 160. Reinhardt zu Glück Bd. II. S. 219. S. 231. Fr. 29.

f) wegen Abwesenheit.

Daß Restitution wegen Abwesenheit sowohl wegen positiven Verlustes, als wegen entgangenen Gewinns ertheilt werde, beweist l. 17. pr. §. 1. l. 41. D. 4. 6. die *generalis clausula Praetoris* kommt nach den Rechtsquellen in Anwendung zu Gunsten der Ehefrauen der Soldaten, die mit ihren Männern die Abwesenheit theilen, l. 2. C. 2. 52. der von Stadtgemeinden an den Kaiser oder zur Besorgung von Stadtgeschäften abgeordneten Personen (legati civitatum) l. 8. l. 26. §. 9. l. 35. §. 1. l. 42. D. 4. 6. — l. 1. C. 2. 54., der Procuratoren des Kaisers, und der fiscalischen Anwälte, l. 33. pr. D. 4. 6. — S. 234. Fr. 3.

Digitized by Google

l. 35. §. 2. eod. derer, welche ihren Wohnort zum Zweck wissenschaftlicher Ausbildung verlassen, l. 28. pr. D. eod. derjenigen, welche durch Vertrag versprochen, und durch Bürgen versichert haben, einen bestimmten Ort außerhalb ihres Wohnsitzes nicht zu verlassen, l. 28. §. 1. eod. dessen, der zur Strafe an einen fremden Ort verbannt ist, l. 26. §. 1. l. 40. §. 1. eod., der ungebornen Kinder, welchen z. B. eine Erbschaft angefallen seyn kann, während sie noch keinen tutor hatten, l. 45. pr. eod., des Inhabers eines Servitut, der sie durch Nichtgebrauch verliert, weil eine Quelle zeitweise ausgetrocknet, oder ein Weg durch Ueberschwemmung zeitweise unbrauchbar geworden ist; eben so, wenn dadurch der possessorische Schutz einen solchen Servitut verloren geht, l. 34. §. 1. l. 35. D. 8. 3. — l. 14. pr. D. 8. 6. — l. 1. §. 9. D. 43. 19., des Testamentserben, welcher ein erbschaftliches Recht dadurch verliert, daß er aus Gehorsam gegen das Sct. Silianum das Testament eine Zeitlang uneröffnet ließ, l. 3. §. 30. 31. D. 29. 5.

Außer der Restitutionswohlthat ex capitae absentiae sind als besondere gesetzliche Fürsorgen für Abwesende zu bemerken:

1) daß die Besitzungen der Abwesenden, nach den umständlichen Bestimmungen der l. 1. C. 8. 5. unter den besondern Schutz der Gerichte gestellt sind;
2) bei Verjährungen gegen Abwesende diesen nach l. 1. §. 1. D. 4. 6. eine längere Frist zu statten kömmt, indem der Eigenthümer einer von einem Besitzer im bösen Glauben veräußerten Sache, wenn er eben so wenig die geschehene Veräußerung, als daß ihm die Sache gehöre, gewußt hat, nicht schon durch die 10- resp. 20jährige, sondern nur durch die 30jährige Verjährungszeit von der Klage ausgeschlossen werden kann;
3) daß bei der Erbschaftsantretung der für Beneficialerben zur Inventuraufnahme sonst bestimmte Zeitraum von 2 Monaten auf ein ganzes Jahr für die Abwesenheit erweitert ist, l. 22. §. 3. C. 6. 30.
4) absentia rei publicae causa*) giebt unter den näheren Bestimmungen der l. 15. 16. D. 26. 5. — l. 45. D. 27. 1. einen

*) Unter derselben hat man sich nicht jede Abwesenheit, welche durch Staatsgeschäfte verursacht ist, zu denken, sondern nur die, welche vom freien Willen des Abwesenden nicht abhängt, und den Vortheil des Staats, und nicht des Abwesenden bezweckt. l. 36. D. 4. 6. — l. 42. D. 29. 2. — l. 14. D. 50. 17.

Digitized by Google

Grund zur Befreiung von Vormundschaften. Glück P. K. Bd. XXXI. §. 1355. Vgl. Bd. I. S. 627. Fr. 16. dieses Werks, und von der Vormundschaft für Abwesende, deren Erbschaftserwerb ꝛc. das Supplement zu Bd. II. Abth. I. S. 736. Fr. 5. und 6.

Vom Einfluß anderer menschlicher Zustände auf die Rechtsverhältnisse.

Von der Vermuthung des Todes. S. 241.

Gegen Mühlenbruch im Lehrb. §. 185. und Kierulf Theorie ꝛc. Fr. 10c. S. 192. welche es als allgemeinen Satz aufstellen, daß, wenn mehrere Personen gestorben seyen, und ungewiß, wer zuerst, anzunehmen sey, die mündige Person habe die unmündige überlebt, ist allerdings vielmehr anzunehmen, daß jene Vermuthung, welche in den Gesetzen blos von unnatürlichen Todesfällen ausgeht (si simul naufragio, bello etc. perierunt), keiner Ausdehnung auf natürliche Todesfälle unterliegen kann, weil es an Gleichheit des Grundes fehlt, und eine Rechtsvermuthung als jus singulare keine Ausdehnung verträgt; s. Erk. d. O. Tr. in Stuttgart in Hufnagels Mittheil. aus d. Praxis d. Würtemb. Civilg. Neue Folge H. I. S. 26. v. Vangerow Pandekten S. 58 ꝛc. v. Savigny System Bd. II. S. 20. Sintenis prakt. gem. Civilrecht Bd. I. S. 95. not. 11.

Ulpians hier angeführte Mortalitätstabelle, welche auch in mehre- S. 244. ren Landesgesetzen zum Grund gelegt ist, ist wie L. Moser: die Regeln Fr. 12. der Lebensdauer bewiesen hat, der Wahrheit viel näher gekommen, als Süßmilch und alle die Neuern. — Zu bemerken ist, daß sie von Hommel in Rhaps. 741. Bd. VI. irrig aufgefaßt, und eben so unrichtig in Thierfeld der Leibzuchtscontract S. 126. wiedergegeben ist. Berichtigt ist diese Irrung von Kori in d. Erörter. pr. Rechtsfragen Th. III. S. 102.

Gleichwie den furiosis das beneficium restitutionis ex capite ab- S. 248. sentiae zusteht; s. l. 22. §. 2. D. 4. 6. v: quod edictum etiam ad Fr. 26. furiosos pertinere Labeo ait., u. l. 124. §. 1. D. 50. 17. furiosus absentis loco est, so muß bei der durchgehend gleichen Behandlung der Rasenden und Blödsinnigen von den letzteren dasselbe gelten, und die gemeine Meinung und die ihr folgende Praxis, s. Glück P. K. Bd. VI. S. 23 ꝛc. Göschen Vorlesungen Bd I. S. 558. Mühlenbruch Pandektenr. §. 104., welche allen unter Curatel stehenden Personen die Restitution zugesteht, soviel die Blödsinnigen anbelangt, als gerechtfertiget anerkannt werden; s. Erk. d. O. A. G. Jena in Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 121.

Digitized by Google

S. 245. Fr. 15. und S. 269. Fr. 27. Die frühere Meinung, daß hinsichtlich des von Vormundschaften und öffentlichen Aemtern entschuldigenden Alters durch l. 3. C. 10. 49. das 70jährige Alter zu einem 55jährigen abgeändert worden sey, ist von Mackeldey selbst, welcher sie noch in der 6. Auflage seines Lehrbuchs §. 115. u. 269. aufgestellt hatte, in der 9. Aufl. § 126. not. 9. aufgegeben worden. Es ist vielmehr nun wohl allgemein die von Cujac. in Gemäßheit mehrerer Manuscripte unternommene und zur Uebereinstimmung mit den übrigen Gesetzstellen nothwendige Emendation angenommen, daß statt LV. zu lesen sey LXX annorum, wie sich unter Anführung der einschlagenden Autoritäten S. 628. lit. l. bemerkt findet.

S. 248. Fr. 28b. Daß ein Prodigus, ohne Zustimmung seines Curators, zu einem Widerrufe seines Testamentes befugt sey, dahin ward von der Fac. Wittenberg erkannt, weil nur über Testaments-Errichtung ein positives Verbot besteht, und l. 40. D. 50. 17. blos von einer wahren Vermögens-Verminderung verstanden werden darf. Nicht dementia, sondern blos Leichtsinn, Unsittlichkeit, Mangel an Familienliebe erblicken die Gesetze an dem prodigus. Er ist deshalb bei Verbrechen zurechnungsfähig; l. 23. §. 2. D. 21. 1. Selbst die väterliche Gewalt übt er aus; s. Sächs. Zeitschr. 1841. S. 320., wo auch Gesterding Nachforsch. S. 45 ꝛc. für obigen Satz angezogen und die Ansicht widerlegt wird, welche über obige l. 40. bei Glück XXXIII. S. 254. sich findet.

Von Gemeinden.

S. 263. Fr. 7. Ueber den einer Gemeinde deferirten Schiedseid*) hat sich wohl der Gerichtsbrauch überwiegend dafür entschieden, daß die Gemeinde die Schwurmänner vorzuschlagen habe, wenn nun aber von diesen, deren meistens 3 bestimmt werden, hinterher Einer den Eid verweigert, so entsteht die Frage: ist nun der Eid als von der Gemeinde verweigert anzusehen, oder sind die anderen beiden, die zum Eid bereit sind, zum Schwur zu admittiren, und kann dann deren Schwur als Eid der Gemeinde gelten? Es ist hier wohl der von Röder im civilist. Archiv Bd. XXX. S. 42. entwickelten und von dem O. A. G. in Darmstadt angenommenen Entscheidung dahin beizustimmen, daß dann

*) Zur Literatur hierüber ist noch nachzutragen: Huß in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 18. S. 262. und Deurer im civil. Archiv Bd. 25. S. 208. Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 88. mit besonderer Beziehung auf l. 97. D. 35. 1.

Digitized by Google

der Eid für verweigert angenommen werden müsse. — Vorausgesetzt wird, daß die Sache nicht mehr im Stadium des Productionsverfahrens stehe, während dessen das Wahlgeschäft noch in den Händen der Gemeinde liegt. Wenn aber einmal rechtskräftig bestimmt ist, daß die Gemeinde durch die dazu in der vom Gericht bestimmten Zahl ernannten Glieder den Eid abzuleisten habe, so braucht der andere Theil es sich weder gefallen zu lassen, daß andere als die von ihm bereits anerkannten Individuen, oder gar nur 2 statt 3 den Eid ablegen. Eine Majorität wie 2 gegen 1 kann hier nicht in Betracht kommen, denn nur in Willenshandlungen kann durch die Mehrheit der Gesammtwille der Gemeinde dargestellt werden, aber nicht im Wissen und Glauben von Thatsachen. Die ernannten Schwurdeputirten bilden eine unzerreißbare Einheit. Wenn man hiernächst die 3 ernannten Schwurmänner als Zeugen für die Wahrheit des zu beweisenden Satzes betrachten darf, so müßte sich Einer pro und Einer contra gegenseitig heben, und es bliebe dann gar nur ein günstiger Zeuge für die Gemeinde übrig. Unbegreiflich ist es demnach, wie Arnold über Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilproceß §. 109. behaupten mochte, daß wenn auch nur Einer der Schwurmänner für die Gemeinde schwöre, die Mehrheit aber zu schwören sich weigere, sogar bei ausdrücklicher Erklärung der Weigernden, daß sie das Gegentheil des zu Beschwörenden bestimmt wissen, dennoch die Gemeinde obsiegen müsse.

Umgewandt, und Beifallswürdiger wird in Bülow und Hagemanns pr. Erört. Bd. III. S. 141. statuirt: die Gemeinde hat diejenigen, und vorzüglich die ältesten Glieder zu wählen, welche für sie den ihr deferirten Eid leisten sollen; schützen aber diese Unwissenheit vor, so käme es darauf an, ob die Mehrheit der Gemeinde, von welcher wenigstens $\frac{2}{3}$ zum desfallsigen Beschluß concurriren müssen, sich zur Ableistung des Eides oder dagegen erklärt, welch letzteren Falls der Eid pro recusato anzunehmen wäre. Auch dieser Ansicht dürfte übrigens die vorbemerkte Voraussetzung unterliegen, daß das Stadium des Productionsverfahrens noch schwebend sey.

S. 268. Fr. 21. statt Unmündigen, lies Minderjährigen.

In Gemeindesachen müssen in Hinsicht des Subjects drei Classen von Rechtsverhältnissen unterschieden werden: S. 268. Fr. 23.

a) solche, die sich auf die Gemeinde als juristische Person beziehen;

b) solche, die auf die Gemeindeglieder in ihrer Eigenschaft als solche Bezug haben;

c) die reinen Privatrechte der Mitglieder.

Digitized by Google

Die Ersteren (lit. a.) anlangend, hat der Einzelne kein Recht an ihnen, ihretwegen kann nur das Ganze klagen und belangt werden; die rücksichtlich ihrer gesprochene res judicata wirkt unmittelbar nur für und gegen das Ganze als solches. l. 6. §. 1. D. 1. 8. — l. 10. §. 4. D. 2. 4. — l. 7. pr. §. 1. D. 3. 4. — l. 1. §. 15. D. 36. 1. — l. 1. §. 7. D. 48. 18.

Die dritte Classe (lit. c.) beschränkt sich auf die Einzelnen als solche, an ihnen hat die juristische Person der Gemeinde keinen Theil, nur die Einzelnen können wegen derselben klagen und belangt werden.

Es giebt aber auch:

(lit. b.) solche Rechte, welche den Gliedern nicht als Privatpersonen, sondern nur als Gemeindegliedern gebühren, und diese sind wieder von doppelter Beschaffenheit:

1) solche, die von der juristischen Person der Gemeinde abgeleitet werden, wie die Nutzungen der Gemeinweide u. dergl. l. 6. D. 18. 1. — l. 2. §. 2. D. 43. 8. — Wegen Verletzung dieser Rechte durch Dritte kann theils von den Einzelnen, theils vom Ganzen geklagt werden; die im letzteren Falle gesprochene res judicata wirkt auch für und gegen die Einzelnen; und im ersten Falle wirkt dieselbe für und gegen das Ganze, soferne es von dem Processe unterrichtet war; arg. l. 63. D. 42. 1.
2) solche, die auf dem Gemeindeverbande beruhen, wie das den Gemeindegliedern auf einer benachbarten Flur zustehende Triftrecht, und umgekehrt, Lasten, die auf dem Gemeindeverbande beruhen, wie das auf einer Flur haftende Triftrecht der Gutsherrschaft. Solche Rechte und Lasten scheinen sich, weil sie äußerlich den Gliedern gebühren, und gegen sie gerichtet sind, nur auf sie zu beziehen, und deshalb keine Gemeindesache zu seyn. Näher betrachtet haben sie aber eine doppelte Natur. Ihrem Grundgedanken und ihrer geschichtlichen Entstehung nach gebühren sie der Gemeinde als solcher, z. B. rücksichtlich der gesammten Flur, äußerlich sind sie aber auf die Einzelnen vertheilt. Aus dem letzteren Standpunkte sind sie auf dem Gemeindeverbande beruhende Rechte und Lasten der Einzelnen, aus dem ersten Standpunkte des Ganzen. Wegen ihrer können daher die Einzelnen klagen und belangt werden; beides kann aber auch von der und gegen die Gemeinde geschehen, wo es sich um das Recht und die Last Aller handelt, die dann wegen des bemerkten Grundverhältnisses von ihr vertreten werden. Die Praxis hat daher solche Rechtsverhältnisse von jeher mit gutem Grunde zugleich als Gemeinde-

Digitized by Google

sachen aufgefaßt. Leyser Sp. 453. Med. 8. Kind qu. for. T. III. c. 96.

Da nun in einem solchen Falle die Gemeinde die Einzelnen vertritt,*) so verstehet es sich, daß die im Proceß mit ihr ergangene res judicata auch für und gegen die Einzelnen wirken muß; s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus Pandecten d. g. Sächs. Rechts S. 213. vgl. Seuffert u. Glücks Bl. f. R. A. Bd. IV. S. 1. Bd. VII. S. 254. Bd. IX. S. 224. Bd. X. S. 320. Bd. XI. S. 331. Bd. XV. S. 13. u. 251.

Aus dem Unterschied zwischen der Gemeinde als juristischer Person und den Einzelnen, welche sie constituiren, folgt auch, daß eine Gemeinde, welche gegen eine andere Gemeinde klagt, auch aus letzterer Zeugen vorschlagen kann; s. Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 305., welche auch vom Zwang zur Zeugschaft nicht ausgenommen zu werden verlangen können, si veritas aliter haberi nequit. Leyser Sp. 283. Med. 27. Claproth Einl. zum bürgerl. Proc. Thl. 2. Hptst. 17. §. 263.

Bildet die Mehrzahl der Gemeindeglieder diejenige Parthei, welche privative Rechte, der Gemeinde gegenüber behauptet, so wird die Gemeinde durch die Minderzahl vertreten. Auch wenn der Ortsvorstand unter jene Mehrzahl gehört, tritt Jenes ein: die Aufsichtsbehörde muß Vorkehrung treffen, damit die Gemeinde ein Organ erhält; s. Urtheil d. O. A. Ger. in Jena in Emminghaus Pandekten d. g. Sächs. R. S. 230. no. 77. S. 269. Fr. 28.

Die fiskalischen Privilegien betr.

Die singuläre Vorschrift des römischen Rechts, vermöge welcher im Falle von Veräußerungen des Fiskus, des Regenten oder dessen Gemahlin der Erwerber gegen alle Anfechtungen, mögen diese sich auf Eigenthum oder ein dingliches Recht oder einen anderweitigen Grund stützen, geschützt seyn soll, l. 2 u. 3. C. 7. 37. enthält kein dem Staatsvermögen beigelegtes Recht, wie das gesetzliche Pfandrecht des S. 272. Fr. 34.

*) Es kann aber auch vorkommen, daß die Gemeinde als solche die Vertretung des streitigen Rechtsverhältnisses zu übernehmen sich weigert. Daß sie desfalls zur Uebernahme nicht rechtlich gezwungen werden könne, hat das O. A. Ger. in München in dem Falle ausgesprochen, da es sich um ein Novalzehentrecht von mehreren seit vielen Jahren cultivirten Grundstücken handelte, welche früher ein der Gemeinde gehöriger Weideplatz waren, und sodann unter die einzelnen Gemeindeglieder zum Zwecke der Cultur als privatives Eigenthum vertheilt wurden, s. Bl. f. R. A. Bd. XVII. S. 10.

Digitized by Google

Fiskus, sondern einen dem Regenten, der Regentin und den Fiskalbeamten eingeräumten eigenthümlichen Gewaltzweig in Betreff des Vermögens der Unterthanen, mithin einen Grundsatz des römischen Regierungsrechts, in die wohlerworbenen Vermögensrechte der Unterthanen einzugreifen, welcher als Theil der in Deutschland nicht recipirten römischen Staatsverfassung mit dieser wegfallen muß; s. Erk. d. O. A. G. zu Kiel in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 129.

Von den Sachen.

S. 277. Fr. 3. *Res sacrae* können auch dann, wenn es sich um Tilgung einer Schuld handelt, ohne Einwilligung der geistlichen Oberbehörde nicht gültig veräußert werden.

War aber für die Einholung der Genehmigung weder die regelmäßige bischöfliche Behörde selbst, noch irgend ein anerkannter Stellvertreter erreichbar, so kann der Mangel der sonach unmöglich gewordenen Form, der Handlung die Gültigkeit nicht entziehen.

Die c. 22. de ss. ecclesiis (1. 2.) Nov. 7. cap. 8. u. Nov. 120. cap. 10 haben jedoch nur das Eigenthum der unbeweglichen und der zum Gottesdienst bestimmten beweglichen Sachen der Kirchen zum Gegenstand, und sind daher auf die Cession von Forderungen nicht anwendbar. Indessen machen dies einige andere Gesetze des canon. Rechts, namentlich in der Extravag. communis unica de rebus eccles. durch ihre generelle Fassung noch zweifelhaft; s. Erk. d. Berliner Cassations- und Revisionshofs in Volkmar Jurisprudenz S. 152 ꝛc.

S. 280. Fr. 11. Daß nach röm. Recht Buden durchaus zu den beweglichen Sachen gezählt werden, wird von Bielitz im Commentar zum Preuß. Landr. Bd. I. S. 277. mit Unrecht aus l. 60. D. 41. 1. geschlossen, denn hier ist nur von einer beweglichen neuen, aus Brettern gefertigten Getraidescheuer die Rede. Eine Preußische Ministerial-Verordnung v. 19. April 1822. erklärt eine Bude, welche auf einem steinernen Fundamente beruht, für ein Immobile; s. Bielitz l. c.

S. 285. Fr. 31. Vgl. G. L. Funke, die Lehre v. d. Pertinenzien aus der Natur der Sache u. dem röm. Recht, mit Rücksicht auf das heutige Maschinenwesen. Chemnitz 1827. C. A. Weiske Handb. d. allg. d. Landwirthschaftsrechts. Lpz. 1838.

Jalousien rechnet Hommel im Erbsonder-Reg. s. v. Jalousien, nicht zu den Pertinenzen des Hauses, wogegen die Facultät Leipzig in einem Erk. v. J. 1812. sowohl Jalousien als Winterfenster dafür erkannte. Denn sie werden zum Gebrauch des Hauses angeschafft, und der Breite und Höhe der Fenster angepaßt, auch die Fensterstöcke zu

Digitized by Google

deren Festhaltung eingerichtet. Daraus, daß solche nur zum Gebrauch dieses Hauses und dieser Fenster, folglich zum beständigen Gebrauch des Grundstücks und dessen Vervollkommnung bestimmt sind, geht zur Genüge hervor, daß sie ipso jure auf den Käufer übergehen. l. 17. §. 7. D. 19. 1. Daß man sie je nach der Jahreszeit herausnimmt, oder einsetzt, ändert hieran nichts, immer bleiben sie integrirende Theile des Hauses. l. 7. §. 10. l. 11. l. 18. §. 1. D. 19. 1. — l. 242. §. ult. D. 50. 16.

Zu dem „Gutsinventarium" wurden in einem Spruche des A. Ger. Budissin v. 1837. gerechnet: Vorräthe, soweit sie zur Brödung, Fütterung und Aussaat erforderlich; Geräthe, inwieferne sie zum Feld- und Gartenbau gehören, nicht aber exotische Gewächse, die in einer Orangerie stehen: l. 26. pr. D. 33. 7. l. 17. §. 7. D. 19. 2., l. 245. D. 50. 16. Als das O. A. Ger. Dresden jenen Spruch prüfte, fand es zu bemerken: zu der Pfandmasse gehört an sich jenes Gutsinventarium nicht, obschon die Hypothek auf „Zubehör" erstreckt ist. Die bloße Bestimmung einer beweglichen Sache für eine unbewegliche macht erstere nicht zur Pertinenz; Funke die Lehre von den Pertinenzien S. 9. 16. Allein bei der Frage, ob das Inventar mit verpfändet sei, kommt es auf die ausdrückliche Abrede der Contrahenten zunächst an: *Haubold* ad *Berger*. oec. II. 1. 7. not. o. S. Sächs. Zeitschr. IV. S. 166. S. 285. Fr. 32.

Bei dem Erwerb der Früchte von Seite des b. f. possessor ist nicht außer Acht zu lassen, daß derselbe nicht blos bei Erwerbung des Grundstücks, sondern auch noch im Augenblick der Perception in bona fide gewesen seyn müsse. Glück P. R. Bde. VIII. S. 271. not. 90. Umfängliche Erörterung der ganzen Lehre, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 211. v. Vangerow Pand. §. 326. not. 2. S. 288. Fr. 41.

Zeile 2. anstatt „von der Secte der Erstern" lies: „zustimmend den Erstern." S. 290. Fr. 44.

Von den Handlungen und Rechtsgeschäften.

Lies: wie ist dieselbe in l. 8. D. 22. 6. modificirt, und wie läßt sich dieses Gesetz mit l. 9. pr. D. 22. 6. vereinigen? S. 293. Fr. 22.

Trunkenheit: um einen Vertrag deshalb anfechten zu können, genügt ein solcher Grad derselben, welcher die zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts erforderliche Willensfähigkeit des Contrahenten aufhob. Es wird nicht erfordert, daß sie bis zu völliger Sinnesverwirrung oder Bewußtlosigkeit gesteigert gewesen sey; s. Erk. d. O. Trib. zu Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. III. H. 2. S. 167. Auf ähn- S. 279. Fr. 6 c.

Digitized by Google

liche Weise entschied das O. A. G. in Cassel; s. Strippelmanns Samml. Th. V. Abth. 2. S. 688. „Zur Anfechtung des Vertrags genügt schon eine Beschränkung der Willensfreiheit, ohne wirkliche Aufhebung derselben. Es ist anzunehmen, daß eine solche Trunkenheit, welche den Zeugen durch die Sprache, die Reden und die Bewegungen bemerkbar geworden, auch die Willensfreiheit beschränkt, und so die genügende Einsicht in die Bedeutung der Rechtsverhältnisse entzogen habe."

S. 311. Fr. 28. In Ansehung der rechtlichen Folgen des Irrthums ist der Grundsatz: „wenn es sich um unrichtige Subsumtion des Einzelnfalles unter die Rechtsvorschrift, um Anwendung der letzteren auf das Rechtsverhältniß fragt, so ist ein dabei unterlaufender Irrthum nicht als error juris sondern als error facti zu betrachten, l. 2. D. 22. 6. — l. 38. D. 12. 6. außer von v. Savigny l. c. u. Leyser Sp. 645. m. 17. Glück P. K. Bd. XXII. S. 283. neuerlich vertheidigt von Puchta Pand. 957. Sintenis Civilr. I. S. 78. — Herrmann in Linde's Zeitschr. N. F. III. S. 92. findet darin eine Mischung von Elementen, welche dem error juris sowie dem error facti angehören. Hat jemand etwas versprochen, oder eine Verpflichtung anerkannt, in der Meinung, rechtlich verbunden zu seyn, was er wirklich nicht war, so kann er die Erfüllung mit Berufen auf seinen Irrthum verweigern. Günther Princ. §. 205. Thibaut Versuche II. S. 120. v. Savigny l. c. S. 450. Dahin erkannte das A. Ger. Dresden; s. Kritz Rechtsfälle I. S. 248. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1852. S. 121.

S. 315. Fr. 32. Selbst die condict. indebiti wird, vorausgesetzt, daß Rechtsbelehrung nicht wohl möglich war, auch im Fall des Rechtsirrthums von den meisten Neueren zugelassen; s. v. Vangerow Pand. I. S. 102. Herrmann von den Wirkungen des Irrthums in Löhrs Magazin IV. S. 35. u. Linde's Zeitschr. N. F. III. S. 120. Puchta Pand. §. 57. — Noch unbedingter wird dies angenommen von Sintenis im Civilr. I. S. 202. lit. e. u. Wochenbl. f. R. F. l. c.

S. 326. Fr. 58. Der Satz der Alten: expressa nocent, non expressa non nocent läßt sich wohl am einfachsten so erklären: Es giebt nicht nur solche conditiones tacitae, bei welchen der rechtliche Erfolg nothwendig immer derselbe bleibt, sie mögen nun auch ausdrücklich erklärt seyn oder nicht z. B. Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der Erbe den Testator überlebt, oder wenn er Erbe seyn will u. dgl. da ist denn die beigesetzte Bedingung eben so unschädlich als überflüssig, es giebt aber auch solche sich an und für sich von selbst verstehende Voraussetzungen, welche in Gestalt ausdrücklicher Bedingungen einen verschiedenen recht-

Digitized by Google

lichen Erfolg haben, z. B. bei dem Legat: si voluerit; wäre dieser Beisatz nicht gemacht, so wäre mit dem Tod des Testirers dem Legatar das Vermächtniß ohne weiteres erworben, so daß er es auf seine Erben transmittiren könnte, zufolge der beigefügten Voraussetzung aber kommt es nun erst noch auf einen Thatumstand an. Hat er sich bei Lebzeiten nicht mehr zur Annahme erklärt, so kann er das Legat nicht auf seine Erben transmittiren. — Wenn nun an Rechtsgeschäfte, welche zufolge gesetzlicher Bestimmungen in bedingter Art nicht zulässig sind, eine — wenn gleich nur dergleichen conditio quae tacite inest angehängt wird, so wird dadurch das Geschäft ungültig, z. B. die Enterbung des Sohns darf vom Vater nicht bedingter Weise geschehen, weil für den der Bedingung entgegengesetzten Fall der Sohn präterirt seyn würde; s. v. Savigny System Bd. III. S. 124. not. i. Der verschiedene Erfolg macht daher die Verordnung des Vaters: Titius heres esto, et *cum heres erit Titius*, filius exheres esto zur ungültigen Enterbung, l. 68. D. 28. 5. Dagegen machen die Worte des Testators: *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit*, aut *si heres erit Sejus*, vel *si hereditatem adierit*, l. 3. D. de legat. l. (30.) das Vermächtniß nicht zu einem bedingten, sondern sprechen nur etwas überflüssiges ganz unschädlich aus, vgl. Bd. I. S. 339. Fr. 4.

Stillschweigende und thätliche Einwilligung.

Manche Rechtsgelehrte statuiren, daß derjenige, welcher eine ihm zugestellte Rechnung ohne Widerspruch annimmt und behält, als dieselbe anerkennend zu betrachten sey; s. Menoch. de praesumt. Lib. 3. Praes. 65. Mevii Decis. P. III. N. 65. allein die l. 19. D. 14. 6., auf welche sie diese Meinung gründen, berechtigt zu derselben nicht; s. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 89. Struben rechtl. Bed. Thl. I. N. 72. S. 327. Fr. 1.

Von Bedingungen insbesondere.

Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wenn der Erblasser die an und für sich mögliche Bedingung durch eine eigene Handlung späterhin unmöglich gemacht hat, sey es, daß er die Erfüllung ausdrücklich verboten, oder durch eigene Thätigkeit ein faktisches Hinderniß hervorgerufen hat. Hier fällt in der Regel die Bedingung als vom Erblasser erlassen hinweg, l. 53. D. 35. 1. — l. 3. §. 9. D. 34. 4. und nur dann, wenn es überhaupt erweislich ist, daß der Erblasser das faktische Hinderniß in der Absicht hervorgerufen habe, um die ganze Disposition zu vernichten, wird auch diese zusammenfallen müssen. S. 341. Fr. 6.

Digitized by Google

l. 72. §. 7. D. 35. 1. die abweichende Meinung des Labeo ist nicht bestätigt worden, l. 29. §. 4. D. 32. III.

Die in den Gesetzen als moralisch unmöglich bezeichneten Bedingungen sind: in unschicklicher Kleidung öffentlich zu erscheinen. Pauli R. III. 4. B. §. 2. — den eigenen Vater nicht aus der Gefangenschaft loszukaufen, l. 9. D. 28. 7. — den eigenen Eltern oder Patronen keine Alimente zu verabreichen; dem benef. competentiae in der Dotalklage als Ehemann zu entsagen, l. 14. §. 1. D. 24. 3. — nicht zu heirathen, l. 79. §. 4. l. 100. l. 22. D. 35. 1. — oder nur auf eine Zeit lang, l. 62. §. 2. D. 35. 1. — nach dem Willen einer bestimmten dritten Person zu heirathen, l. 72. §. 4. D. 35. 1. — zu heirathen, wenn die zu heirathende Person eine bestimmte Geldsumme verspreche, l. 97. §. 2. D. 45. 1. (Das Kirchenrecht erklärt indeß diese Bedingung für erlaubt, c. 3 X de condit. appos. (4. 5.) — sich nicht von seinem Gemahl zu scheiden, l. 2. C. 8. 39. l. 4. C. 5. 4. — oder sich von demselben zu scheiden, l. 8. §. 1. D. 7. 8. — l. 5. C. 6. 25. — an einem bestimmten Ort für immer seinen Wohnsitz aufzuschlagen, l. 71. §. 2. D. 35. 1. (ausgenommen, wenn diese Bedingung einem Freigelassenen auferlegt ist) — einen bestimmten Dritten zum Erben einzusetzen, l. 61. D. 45. 1. — seinen letzten Willen nicht zu ändern, l. 4. C. 8. 39. — einen schimpflichen Namen zu tragen, l. 7. l. 63. §. 10. D. 36. 1. — sowohl etwas durch die Gesetze oder die guten Sitten verbotenes zu unterlassen, oder etwas moralisches nothwendiges zu thun, um sich dafür Geld versprechen zu lassen, l. 2. pr. D. 12 5. — l. 7. §. 3. D. 2. 14. — l. 2. §. 2. 3. D. 12. 5. — l. 5. D. 27. 3. — der act. rerum amotarum im voraus zu entsagen, l. 5. §. 1. D. 23. 4. — die Religion zu ändern oder nicht zu ändern; s. Sell l. c. S. 142. Jäger in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 310. Nach der Ansicht der Pandektenjuristen sind übrigens manche Bedingungen, welche nach manchen neueren Rechtsgelehrten auch als moralisch unmöglich betrachtet werden, gleichwohl für moralisch möglich erklärt. Z. B. etwas, was durch das Sittengesetz verboten ist, zu unterlassen, l. 121. §. 1. D. 45. 1. — l. 50. D. 2. 14. — zu heirathen, l. 23. D. 28. 7. Sell l. c. S. 162. not. 1. — einen bestimmten Dritten oder mehrere bestimmt bezeichnete Personen nicht zu heirathen, l. 63. pr. l. 64. D. 35. 1. was früher streitig war. Bei negotiis inter vivos gilt indeß diese Bedingung als moralisch unmöglich, l. 71. — §. 1. D. 35. 1. Statthaft ist ferner die Bedingung, eine bestimmte dritte Person zu heirathen, l. 63. §. 1. D. 35. 1. — l. 1. 2. C. 6. 25. — die Verheirathung dritter bestimmter Personen un-

Digitized by Google

behindert geschehen zu lassen, l. 134. pr. D. 45. 1. — l. 31. D. 35. 1. — nicht wieder zu heirathen, l. 2. 3. C. 6. 40. — Nov. 22. c. 43. 44. §. 8. — einen fremden Namen zu tragen, l. 63. §. 10. D. 36. 1. — l. 19. §. 6. D. 39. 5.

Bedingungen.

Die Beurtheilung, ob eine beigefügte Bedingung zu den unmöglichen zu rechnen sey, richtet sich bei Rechtsgeschäften unter Lebenden unbestritten nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung; daß aber bei Dispositionen auf den Todesfall ein Anderes gelte, daß nemlich, wie der von uns angeführte Sell in d. Versuchen ꝛc. II. S. 57. behauptet, der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft oder des Legats als der entscheidende Moment gelten müsse, ist bestritten. v. Vangerow in d. Pand. Bd. II. S. 117. u. v. Savigny System Bd. III. §. 121. S. 169. not. z. nehmen keinen Unterschied zwischen Verträgen und Testamenten in dieser Beziehung an. S. 243. Fr. 9.

Ueberzeugend lehrt Sintenis im Civilr. Bd. III. S. 429. „wenn ein Ereigniß nicht dauernd unmöglich ist, sondern zu verschiedenen Zeitpunkten als möglich und unmöglich erscheint, so entscheidet der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments. Ist der Inhalt der Bedingung zu dieser Zeit möglich, und wird er später unmöglich, so wird die Bedingung dadurch zu keiner unmöglichen, so daß sie als nicht geschrieben gälte, sondern sie erscheint nun als vereitelt, und es wird die an sie geknüpfte Verfügung wirkungslos," l. 94. pr. D. 35. 1. — „Ist er hingegen zu diesem Zeitpunkt unmöglich, indessen von der Art, daß er den Umständen nach möglich werden kann, auch dies nicht ungewöhnlich und unwahrscheinlich, so gilt die Bedingung als eine eigentliche, für welche eben der spätere Eintritt der Möglichkeit als mit in Betracht gezogen erscheint." — Festzuhalten ist übrigens immer die Regel, daß bei Bedingungen nur diejenige Veränderlichkeit zu beachten ist, die aus den faktischen Zuständen hervorgeht, nicht die, welche eine Veränderung gesetzlicher Vorschriften voraussetzt, denn auf die Veränderlichkeit der faktischen Zustände zu rechnen, liegt in der Natur der Bedingungen, aber nicht auf die Veränderlichkeit der Rechtsregeln; s. v. Savigny l. c. S. 168.

Ueber die Bedingung: nicht zu heirathen vergl. auch Glück P. K. Bd. VI. S. 278. not. 62. und v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. no. 3. S. 347. Fr. 18.

Eine für den Fall einer Trennung der Ehe stipulirte Conventionalstrafe war zwar in l. 19. D. 45. 1. noch in so weit zugelassen, als S. 347. Fr. 22.

Digitized by Google

dieselbe sich nicht höher belief, als die den schuldigen Theil nach den Gesetzen treffende Ehescheidungsstrafe, aber nach dem Recht des Codex sind solche Strafdispositionen durchaus nicht als gültig zu betrachten. Libera enim debent esse matrimonia, l. 2. C. 8. 39.

S. 350. Fr. 32. Was ist der Erfolg, wenn der Testator die Ausrichtung eines Legats von einer willkührlichen Handlung des Erben abhängig gemacht hat, welche dieser aber vorzunehmen unterließ? — Das App. Ger. Leipzig und das O. A. G. Dresden beurtheilten i. J. 1850. den Fall, da 300 Thlr. zahlbar bei Verkaufung des Erbschaftshauses legirt waren, nun aber der Erbe und später der Legatar vor dem Verkauf starben, wie nachsteht. — 1) wenn auch ein bedingtes Vermächtniß vorliegt, so hat man doch conditionem in persona heredis potestativam anzunehmen. Nun bestimmt l. 11. §. 6. 7. D. 32., daß solchenfalls das Legat mindestens mit des Erben Tod erworben sey. 2) Der vorige Richter hält in §. 6. cit. (womit noch l. 41. §. 13. ib. zu vergleichen) „quum" für synonym mit „si." Das kann bezweifelt werden. Indeß muß bei Auslegung von Testamenten vor Allem auf die vermuthliche Absicht des Verstorbenen gesehen werden, l. 25. D. 34. 5., besonders bei Nebenbestimmungen, l. 19. pr. D. 35. 1. Hier spricht nun offenbar nichts dafür, daß der Wille des Testirers gewesen, die Prästation des Legats in des Erben Willkühr zu stellen. Es kann allen Umständen nach nur soviel, daß der Erbe mit Bezahlung des Legats nicht gedrängt werden soll, vielmehr es entrichten könne, sobald ihm der Verkauf des Erbhauses möglich sey, angenommen werden, l. 19. §. 1. l. 29. D. 35. 1., s. Wochenbl. f. Rfälle. 1851. S. 305.

S. 356. Fr. 44. Darüber, ob im Zweifel eine Bedingung für suspensiv oder für resolutiv zu achten sey, findet sich in den Gesetzen keine allgemeine Regel. Was im Text gesagt ist, darf nur so verstanden werden, daß man sich unter einer beigefügten Bedingung gewöhnlich ein Aufschieben denkt, welches, wenn es nicht schon in der Natur des Geschäfts liegt, eben nur durch diese Beifügung bezweckt werden mußte, daher auch mehrere neuere Rechtsgelehrte nur die aufschiebende Bedingung als eine wahre Bedingung ansehen, wie Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 187. u. 196., s. Glück P. R. Bd. IV. S. 480. not. 51. Nam quilibet actus sui natura purus atque perfectus esse praesumitur, nisi constet, quod sub conditione eum differre voluerint agentes, l. 7. cit. Die römischen Rechtsgelehrten sprechen auch von einem negotium sub conditione nur bei der Suspensivbedingung, außerdem aber von einem negotium purum quod sub conditione resolvitur. Weil aber bei der lex commissoria, l. 1. D. 18. 3. und bei der addict. in diem, l. 2.

Digitized by Google

pr. D. 18. 2., die Resolutivbedingung eher als die Suspensivbedingung anzunehmen ist, so stellen die meisten Rechtsgelehrten überhaupt für die Resolutivbedingung die Vermuthung auf, Glück P. K. Bd. IV. S. 479. not. 50. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 116. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 771. Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. I. S. 171. not. 20. Daß bei einer datio, wie bei Bestellung einer Mitgift durch Hingabe, eine beigefügte Bedingung nur in resolutiver Eigenschaft gedacht werden könne, leuchtet von selbst ein, l. 7. §. 3. l. 8. D. 23. 3. — l. 1. §. 2. D. 41. 9. Thibaut in d. civilist. Abh. S. 379. hält dafür, daß die Natur des Geschäfts den Ausschlag gebe. Es gebe nemlich Geschäfte, wobei das Auflösende eben so natürlich ist, als das Aufschiebende (z. B. lex commissoria), aber auf der anderen Seite auch wieder Geschäfte, wobei das Verschieben des ersten Erwerbs mehr zu der Natur derselben paßt. Bei Geschäften jener Art nun streite die Vermuthung für die auflösende, bei Geschäften der letzteren Art aber für die aufschiebende Bedingung, diese Vermuthung möchte denn wieder durch eine andere entkräftet werden.

Das App. Ger. Dresden erkannte 1850.: „wenn ein Grundstücksverkäufer übergeben, jedoch die Abrede sich hat gefallen lassen, daß der Kauf, welcher durch Genehmigung der Behörde hinsichtlich der Dismembration bedingt war, im Fall deren Verweigerung als null und nichtig anzusehen, so ist im Zweifel cond. resolutiva dergestalt anzunehmen, daß der Käufer schon pendente conditione ohne weiteres auf die mit Feststellung bestimmter Termine bezüglich des Kaufgelds versprochenen Leistungen belangt werden kann; s. Wochenbl. für Rfälle 1851. S. 223.

Dies bei Vermächtnissen cf. Bd. II. Abth. I. S. 559 u. S. 364. 793. Fr. 1. Fr. 7.

Zur Illustration der hier aufgestellten Grundsätze dient folgender Fall. In dem gegenseitigen Testament zweier Eheleute war von der Frau, die zuerst verstarb, einer Seitenverwandten ein Legat ausgesetzt, welches jedoch erst bei der Wiederverehelichung oder nach dem Tode des zum Erben eingesetzten Ehemanns der Testatrix ausgezahlt werden sollte. Der Ehemann schritt nicht zur zweiten Ehe, aber die Legatarin hat zwar die Testatrix, aber nicht deren Ehemann überlebt, und nun forderten gleichwohl die Erben der Legatarin das denselben bestimmt gewesene Vermächtniß. Das k. Bayerische O. A. G. erkannte gegen die Meinung, daß ein solches Legat als bedingt anzusehen, mithin wenn die Bedingung nicht eintritt, hinwegfalle, l. 1. 2. l. 75. l. 79. §. 1. D. 35. 1. — l. 12. §. 1. de legat. II. (31.) l. 4. pr. §. 13.

Digitized by Google

D. 36. 2., zu Gunsten der Erben der Legatarin, indem nach l. 46. D. 36. 1. u. l. 3 u. 5. C. 6. 53. sich eine Ausnahme rechtfertige, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß dadurch die eigentliche Absicht der Testirerin erreicht wird. Es wurde nemlich angenommen, diese sey blos dahin gegangen, ihrem Manne den Genuß der Summe, welche sie der Legatarin vergönnte, während seines Wittwerstandes oder auch während seiner noch übrigen Lebenstage zu erhalten, aber nicht den Seitenverwandten des Mannes einen Vorzug vor der Honorirten einzuräumen. Diese Absicht ergebe sich insbesondere noch daraus, daß auch in dem Fall, wenn der Wittwer wieder heirathen würde, die Auszahlung des Legats eintreten sollte; denn indem sie hiedurch die Substanz der Summe seinen einstigen Kindern entzog, wollte sie gewiß dessen Seitenverwandte um nichts besser halten; s. Seuffert Archiv Bd. I. H. 2. S. 275.

Auch das O. A. G. in Wiesbaden entschied 1851, daß man als gesetzliche Regel festhalten müsse, daß der Legatar schon mit dem Tode des Testators das Recht auf das Legat erwirbt, und eine Ausnahme hievon nur dann angenommen werden dürfe, wenn ein anderer Wille des Testators deutlich sich ergiebt, l. 5. §. 1. D. 36. 2. Insbesonders gelte dies, daferne Legate nach des Erben Tode ausgezahlt werden sollen, l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. D. 35. 1. — l. 12. §. 1. D. 31. — l. 4. pr. l. 13. i. f. D. 36. 2. v. Savigny System Bd. III. §. 125. 126. Flach Entscheid. III. S. 119.

S. 365. Ueber die civile Berechnung der Zeit verdient vorzügliche Beachtung eine Abh. von Bachofen in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 38. u. 335. mit durchgreifender Critik der Ansichten von v. Savigny u. A.

Auslegung der Rechtsgeschäfte.

S. 380. Bei Auslegung der Rechtsgeschäfte, insbesondere der Verträge ist zu unterscheiden.

Fr. 4. vgl. Bd. II. Abth. II. S. 284. a) Undeutlichkeit des Ausdrucks. Darüber geben die Gesetze die Regel, daß die Auslegung stets zum Nachtheil des Stipulators bei einer Stipulation, l. 26. D. 34. 5. — l. 38. §. 18. l. 99. pr. D. 45. 1., z. B. zum Nachtheil des Verkäufers oder Vermiethers; l. 39. D. 2. 14. — l. 21. l. 33. D. 18. 1. — l. 172. pr. 50. 17. geschehen müsse.

b) Verschiedenheit des Sprachgebrauchs, indem gewisse Ausdrücke an verschiedenen Orten eine verschiedene Bedeutung haben. Hier kann jene Regel, welche eine eigene Schuld und Nachlässigkeit des Redenden voraussetzt, nicht anwendbar seyn, der örtliche Sprachgebrauch wird aber oft den Gedanken der Person erkennen lassen. Aber welches Or-

Digitized by Google

tes Sprachgebrauch soll bei einem nicht gerade am gemeinschaftlichen Wohnsitz beider Theile errichteten Vertrag gelten? Bei einem durch Briefwechsel geschlossenen Vertrag der Sprachgebrauch des Ortes, wo der Redende seinen Willen erklärt hat; s. Bd. II. Abth. II. S. 284. oder nach v. Savigny im System d. R. R. Bd. VIII. S. 265. des Ortes, an welchem der Verfasser des ersten Schreibens wohnt.

Ist der Vertrag an einem Ort geschlossen, welcher für eine der Partheien oder für beide nicht der eigene Wohnsitz ist, so wird häufig der Sprachgebrauch des Erfüllungsorts zum Grund zu legen seyn, indem die Partheien doch wohl an die dort üblichen Geldsorten, Maaße und Gewichte gedacht haben mußten. Die l. 34. D. 50. 17. entscheidet: id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur; v. Savigny l. c. S. 266. glaubt, daß dabei vorausgesetzt sey, daß die verhandelnden Personen daselbst einheimisch seyen, außerdem es der Erwägung im einzelnen Fall unterliege, ob der Fremde, der an dem Vertrag Theil nahm, diesen örtlichen Sprachgebrauch kannte, und sich ihn wahrscheinlich aneignen wollte.

Digitized by Google

Digitized by Google

II.

Rechte der Persönlichkeit

und

Familienrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Von der bürgerlichen Ehre.

Nicht selten liest man in öffentlichen Blättern Ausfälle der Art: S. 391. ich erkläre den Verfasser des in Nr.... der N.... Zeitung, unter §. 2. der Aufschrift . . . anonym erschienenen Artikels . . . für einen niederträchtigen Verläumder. Kann nun der Anonymus dagegen mit einer Injurienklage auftreten? Allerdings, sofern er beweist, daß er der Verfasser des anonymen Aufsatzes sey, und daß der Verklagte, wenn er auch ihn nicht genannt hat, doch keine andere Person als ihn anzugreifen beabsichtet habe. Denn l. 15. §. 9. D. 47. 10. läßt zwar eine Verfolgung nicht zu, si incertae personae convicium fiat, allein die unzweifelhafte Bezeichnung der Person ist der Benennung derselben gleich zu achten, die Persönlichkeit des Verfassers jenes für Verläumdung erklärten Artikels ist ungeachtet seiner Anonymität durch die angegebenen Merkmale außer Zweifel gesetzt, s. Weber über Injurien Bd. I. S. 166. Dritte konnten zwar nicht wissen, daß seine Person gemeint sey, dies thut aber nichts zur Sache, denn zum Thatbestand der Injurie, welche jemanden auch unter vier Augen widerfahren kann, ist dies nicht erforderlich. Es ist auch ganz einerlei, ob der Urheber des Ausfalls gewußt hat, wer der Anonymus sey, oder ob er einen Andern dafür gehalten hat, denn es war bei ihm jedenfalls die bestimmte Absicht vorhanden, den Verfasser des von ihm bezeichneten Artikels durch seinen Angriff zu treffen, s. Erkenntnisse des O. H. G. zu Mannheim in den Jahrb. 1844/45. S. 459—472.

Die Frage: ob der Redacteur einer Zeitung wegen eines ihm anonym eingesandten injuriösen Aufsatzes immer nur als eventuell haftbar anzusehen sey, sobald dem Beleidigten der Verfasser, gleichviel auf welche Weise bekannt wurde, hat das O. A. Ger. in München also entschieden: das Preßgesetz sagt: „es bleibt den beleidigten Privatpersonen überlassen, den Verfasser, und wenn dieser nicht genannt oder falsch angegeben ist, den Verleger und aushülfsweise den Drucker und Verbreiter vor die Gerichtsbehörde zu belangen."

Digitized by Google

Der verklagte Redacteur glaubte sich deshalb der Streiteinlassung dadurch entziehen zu können, daß er den Verfasser nannte. Das Gericht verurtheilte jedoch den Redacteur wegen des in dem angeführten Preßgesetz enthaltenen bestimmten Ausdrucks: „wenn in oder unter der Schrift der Verfasser nicht genannt ist, so tritt sofort unbedingt die Haftung des Verlegers und die Wirksamkeit des Klagrechts gegen ihn ein." Hätte der Gesetzgeber etwas Anderes bestimmen, insbesondere eine nachträgliche nominatio authoris gestatten wollen, so hätte er statt des Wortes „ist" vielmehr „wird" sagen, statt in der gegenwärtigen, in der zukünftigen Zeit sprechen müssen, s. Seuffert u. Glück Bl. f. RA. Bd. IV. S. 366.

S. 403. Fr. 19. Für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung in Injuriensachen entscheidet auch Schmidt in d. hinterlassenen Abh. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 215. „Die Gesetze lassen die Eideszuschiebung bei allen Civilklagen zu, wenn sie auch auf eine Privatstrafe abzielen, und infamiren, l. 3. §. 1. l. 9. §. 2. de jurejur. — l. 52. §. 27. D. de furtis, und insbesonddre bei Injurienklagen, l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. D. de injur., folglich muß dem Beklagten gleiches Recht zustehen. — Wie jedoch der Kläger in der Injurienklage die Umstände des Orts und der Zeit genau anzuführen hat, so muß auch der Beklagte, wenn er die Einrede der Wahrheit opponirt, ein Gleiches beobachten."

S. 406. Fr. 28. Der ästimatorische Kläger erbietet sich häufig schon in der Klage zum Aestimationseid, und sogar machen es ihm manche Landesgesetze zur rechtlichen Nothwendigkeit. Z. B. das Bayerische Landr. Th. IV. Kap. 17. §. 6. Was ist aber dann die Folge, wenn der Kläger zwar erst nach erfolgter Litiscontestation und dadurch bewirkten Uebergang der Klage auf seine Erben, aber bevor es zum Schätzungseid kommen konnte, stirbt? Die Erben, des Injuriaten können freilich nicht zum Schätzungseid gelassen werden, denn die Aestimation der Ehre kann als etwas höchst persönliches nur vom Beleidigten selbst eidlich bekräftiget werden, aber die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der eigenen Eidesleistung kann doch die zur Fortsetzung der Klage berechtigten Erben des Injuriaten nicht ihres Rechts verlustig machen, denn selbst der wirklich abgeleistete Eid wäre ja doch nicht für die Höhe der Aestimationssumme entscheidend, sondern von der richterlichen Ermäßigung abhängig gewesen, welche durch den eingetretenen Todesfall eben so wenig verhindert, als der Beklagte dadurch in eine nachtheiligere Lage versetzt wird, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert u. Glücks Bl. f. R. A. Bd. XIV. S. 377. Nach gemeinem Recht wäre eine Schwierigkeit um so weniger vorhanden, als es sogar genügen würde, wenn

Digitized by Google

der Kläger, ohne selbst eine gewisse Summe anzugeben, diese gleich der Bestimmung des Richters überließe, s. Weber über Injurien Th. II. S. 124.

Ueber cumulative Concurrenz der ästimatorischen Injurienklage mit der recantatorischen Klage hat ein Plenarbeschluß des O. A. G. in München entschieden: nach gemeinem Rechte schließen die ästimatorische Injurienklage und die Klage auf Abbitte, Widerruf oder Ehrenerklärung einander aus. S. 407. Fr. 30.

Die Streitfrage: ob die wegen Realinjurien gegebene act. ex lege Cornelia ebenso wie die act. injuriarum aus dem prätorischen Edicte der einjährigen Präscription unterworfen sey, ist von demselben Gerichtshof besonders mit Rücksicht auf die Ausführungen von Weber von Injurien Th. II. S. 140. u. 156. und Chop im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 214. gegen die Meinung Mehrerer, z. B. Thibaut über Besitz u. Verj. §. 53. u. im System d. P. R. §. 1023. der 8. Ausg. bejahend entschieden worden, in Erwägung, daß l. 5. C. 9. 35. die einjährige Präscription ohne Unterschied ausspricht, in der Natur der Sache kein Unterschied begründet ist, und der Umstand, daß die angeführte Constitution durch einen Fall veranlaßt wurde, welcher eine Verbalinjurie zum Gegenstand hatte, nicht relevirt, weil die prätorische Injurienklage eben so, wie die aus dem Cornelischen Gesetze auch wegen Realinjurien angestellt werden konnte, s. Seuffert u. Glück Bl. f. R. A. Bd. XV. S. 104., wo auch die Literatur über diese Streitfrage gesammelt ist. S. 411. Fr. 43d.

Von Verletzung der jungfräulichen Integrität.

Schwängerungsklagen. Ueber den Fall, wenn die Klägerin einen bestimmten Tag angiebt, von welchem sie ihre Schwängerung ableitet, der Beklagte aber einen anderen in die kritische Periode fallenden Tag des Beischlafs angiebt, welchen jedoch die Klägerin als den richtigen nicht anerkennt, variiren die Erkenntnisse des O. A. G. in München, indem einmal der Klägerin auferlegt wurde, die von ihr in der Klage behauptete Zeit des Beischlafs zu beweisen, ein andermal aber nur zu beweisen, daß der Beischlaf in der gesetzlich bestimmten kritischen Zeit, deren Gränzen der Beweissatz bezeichnete, stattgefunden habe, s. die in Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. Nr. 227. angeführten Erkenntnisse. Ebend. S. 418. Fr. 13. Auch gegen einen Ehemann wird der Geschwächten die Klage auf Abfindung unbedingt zuerkannt von den O. A. Ger. in München (s. Seuffert Archiv Bd. I. H. 2. S. 237.) und in Celle (s. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. S. 417. Fr. 6.

Digitized by Google

Bd. VI. Nr. 100.) Damit stimmen überein das Preuß. Landr. Th. II. Tit. I. §. 1072. Oesterreich. Gesetzb. §. 1328.

Involvirt die Bezahlung einer Abfindungssumme ein Zugeständniß des Klaggrundes? Nach einigen Gesetzstellen scheint dies bejaht werden zu müssen, l. 4. §. ult. l. 5. 6. D. 3. 2. intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. cf. l. 10. C. 9. 9. — l. 4. D. 49. 14. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. II. tit. 15. §. 25. Lib. III. tit. II. §. 18. Andere Rechtsgelehrte verstehen diese gesetzlichen Bestimmungen nur von einem nach der Litiscontestation eingegangenen Vergleich. Nach heutigem Gerichtsbrauch wird nur eine Vermuthung angenommen, s. v. Bülow u. Hagemann pr. Erört. Bd. IV. S. 92.

Hat Beklagter den Beischlaf mit der Klägerin eingeräumt, und die Zeit, wo er geschehen, steht zu der Geburt des Kindes im richtigen Verhältniß, so kann er der Verurtheilung nicht durch die Behauptung, daß immissio seminis keineswegs erfolgt sey, sich entziehen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 402. no. 17. vgl. Hommel Obs. 569.

Die von den exc. congressus cum pluribus, welche nach §. 5. d. K. Sächs. Mandats v. 12. Novemb. 1828. ausgeschlossen ist, verschiedene Einwendung, daß die stuprata zur Zeit des mit Beklagtem verübten Beischlafs schon von einem Andern schwanger gewesen, kann nicht immer durch Eideszuschiebung erwiesen werden. Der Delatin muß die Möglichkeit gegeben seyn, über die ihr in das Gewissen geschobenen Wahrnehmungen mit Sicherheit zu urtheilen. Dies kann aber von einer zumal zum ersten Male schwangeren Weibsperson, in den ersten Monaten ihrer Schwangerschaft, in Bezug auf diesen Zustand, nicht angenommen werden. Es fehlt nicht an Beispielen, daß erfahrenere Frauen über ihre vermeintliche Schwangerschaft sich getäuscht haben, Hufeland u. Harles Journal 1815. Bd. II. St. 3. S. 65. Besonders in der ersten Hälfte der Schwangerschaft sind alle Symptome derselben höchst zweifelhaft, und können die Frauensperson selbst in Ungewißheit lassen. Henke Lehrb. §. 187; s. Erk. d. O. A. G. in Jena, in Emminghaus Pand. S. 403. Nr. 22.

Den Vertrag, daß die stuprata zu Verschweigung des stupratoris gegen Abfindung verbunden seyn solle, erkennt das O. A. G. in Jena für ein negotium turpe, s. Emminghaus l. c. S. 406. no. 39. So auch Busch Recht der Geschwächten S. 143. Entgegengesetzt entschied das O. A. G. in Dresden, l. c. S. 406. no. 36. Das Verschweigen einer Thatsache könne als factum turpe nur dann angesehen werden,

Digitized by Google

wenn eine Verbindlichkeit zur Anzeige besteht. Nur wenn Verheimlichung eines Verbrechens oder Anzeige eines Dritten wider die Wahrheit zugesagt worden, könnte ein anderer Gesichtspunkt eintreten. Wohl liegt dem Kinde und dem Staate daran, den Vater zu erfahren, aber die bloße Angabe der Mutter genügte dafür doch nicht. Es sey zu beachten, daß einfache Unzucht nicht mehr strafbar ist, also l. 4. §. 4. l. 5. D. 12. 5. nicht mehr anzuwenden sind. Obschon l. 2. l. 5. C. 4. 7. auf Unsittlichkeiten Bezug nehmen, so ergebe doch die Zusammenstellung mit der cond. ob injustam causam, indem die Unterlage beider sich nur wie Zweck und Grund unterscheidet, daß die Römer den Begriff von turpitudo bei der cond. ob turp. caus. nicht so allgemein aufgefaßt haben.

Zur Dotation ist der stuprator auch in dem Falle verbunden, S. 421. wenn seine Eltern oder die der Geschwächten die Einwilligung zur Ehe Fr. 19. versagen. Die Dotation ist Surrogat der Ehe. Tritt bei alternativen Verbindlichkeiten ohne Verschulden des Berechtigten ein Umstand ein, der die Wahl unmöglich macht, so ist die nunmehr noch mögliche Leistung zu bewirken, l. 16. pr. D. 45. 1. der Betheiligte, dessen Wahl behindert wird, kann gegen den, welcher sie ihm entzog, eine Entschädigungsklage anstellen, s. Erk. d. App. Ger. in Leipzig in v. Hartitzsch Entsch. S. 188. vgl. v. Langenn und Kori Erört. I. no. 33. Leyser sp. 583. no. 5.

Gegen die vom K. Bayerischen Oberapp. Gericht angeführterma- S. 423. ßen behauptete Zulässigkeit einer im Allgemeinen auf den auch mit Fr. 26. Andern getriebenen Beischlaf gerichteten Eidesdelation ist auch anzuführen Leyser Sp. 683. M. 21. Bülow und Hagemann l. c. Bd. VI, S. 403. Die Vermuthung ist ja für die Integrität der Person; ein solcher Eid wäre aber nichts anderes, als ein Purgatorium, wozu niemand ohne besondere vom Richter anerkannte Verdachtsgründe verpflichtet ist.

Ist das Citat am Schlusse dahin zu verbessern, s. Th. I. S. 69. S. 426. lit. H. und S. 446. Fr. 27. Fr. 34.

Die richtigere Meinung, daß dem väterlichen Großvater keine S. 432. Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Enkel obliege, ist vom O. A. G. in München in mehreren Erkenntnissen angenommen worden, s. Seufferts Archiv Bd. IV. H. 1. S. 96. und Blätter für R. Anw. Bd. II. S. 393. Ebenso von dem O. A. G. zu Cassel, s. Strippelmanns Samml. Th. V. Abth. 2. S. 654.

Der Person der Mutter des unehelichen Kindes kann die act. S. 434. de partu agnoscendo wohl nicht, wie in einem Erkenntniß des O. A. Fr. 5.

Digitized by Google

G. in München, s. Seufferts Archiv Bd. II. H. 1. S. 62. geschehen zu seyn scheint, zugestanden worden. S. dagegen eine Entscheidung des O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1847. no. 52. Wohl kann ihr die Alimentenklage als Alversvormünderin des Kindes selbst dann zugestanden werden, wenn sie in der früher wider den Schwängerer erhobenen Alimentenklage liti et causae entsagt hat. §. 4. J. 2. 18. Glück P. K. Bd. II. S. 63. So entschied das O. A. G. in Dresden 1847, mit der Einschränkung, daß die neue Klage bezüglich der alimenta praeterita nicht Platz greife, weil das Kind darauf kein Recht mehr habe, und ein Obervormundschaftliches Decret beizubringen sey, wodurch diese Klagserhebung genehmigt werde; s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 276.

G. 434. Fr. 7. Streitet dafür, daß ein innerhalb der gesetzlichen Nativitätstermine geborenes Kind lebend zur Welt gekommen sei, die Präsumtion? — Die Bejahung stützt sich darauf, daß sein Leben im foetus unbestreitbar sey, weil dasselbe ein nothwendiges Erforderniß einer der Natur gemäßen Geburt ist, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber ein einmal als existirend nachgewiesener thatsächlicher Zustand so lange als fortbestehend vermuthet werden müsse, bis eine eingetretene Veränderung erwiesen ist. Der Zustand nach der Geburt ist aber nur eine Fortsetzung des Lebenszustandes eines solchen Kindes, in welchem es sich schon vorher im Mutterleibe nothwendig befunden haben muß. Folglich müßte derjenige, welcher behauptet, daß ein innerhalb der gesetzlichen Nativitätstermine geborenes Kind, welches im Mutterleibe präsumtiv gelebt hat, vor oder bei der Geburt gestorben sey, dieses beweisen, s. Glück P. K. Bd. II. §. 115. Der entgegengesetzten Meinung, daß für das Leben eines neugeborenen Kindes ebenso wenig als für dessen Tod eine Vermuthung spreche, s. Thibaut System Th. I. §. 211. Mackeldey Lehrb. d. r. R. §. 141. Ed. Roßhirt Th. I. S. 225. ist das O. A. G. zu Dresden beigetreten; s. Schwarze und Heyne Unters. no. XI. S. 302.

Eben daselbst ist eine ähnliche Controverse entschieden. Bekanntlich erklären die römischen Gesetze l. 3. §. 11. D. 38. 16. — l. 19. D. 28. 2. — l. 4. C. 6. 20. ein innerhalb der nächsten 10 Monate nach des Mannes Tod von der Wittwe geborenes Kind für legitim. Diese gesetzliche Präsumtion soll zwar den Gegenbeweis nicht ausschließen, ob aber der Gegenbeweis auf die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei der Geburt, und das hierauf zu begründende Gutachten der Sachverständigen über die präsumtive Zeit seiner Conception begründet werden könne, so daß z. B. ein nicht als ausgetragen zu betrachtendes

Digitized by Google

Kind, wenn es gleichwohl erst zu Ende des 10monatlichen Zeitraums zur Welt kömmt, nicht als ehelich zu betrachten wäre, ob also, wie unter Andern Glück im P. R. Bd. XXVIII. S. 141. annimmt, die Legitimitätsfrage allemal erst noch von Untersuchung der Kunstverständigen abhängig bleiben soll, darüber stimmen die Rechtsgelehrten nicht unter sich überein. Den Vorzug dürfte jedoch die vom O. A. G. in Dresden l. c. adoptirte Ansicht verdienen, wonach in den angeführten Gesetzen, wie auch in l. 2. D. l. 3. vielmehr die Absicht erkannt werden muß, eine feste Rechtsregel aufzustellen, wodurch jede Untersuchung über die Reife des Kindes ausgeschlossen, und die Entscheidung über die Legitimität eines Kindes nicht in jedem einzelnen Fall, von den doch immer sehr schwankenden und unzuverlässigen Kennzeichen, auf welche die Sachverständigen ihr Gutachten begründen müßten, abhängig gelassen werden solle, s. Seuffert rechtswissenschaftl. Abhandl. no. V. S. 111. Göschen Vorlesungen ed. Erxleben S. 146. — Dieselbe Tendenz haben ja auch die neueren Gesetzgebungen. Z. B. das Oesterreichische Gesetzb. erklärt Kinder, welche im 10. Monat geboren sind, für ehelich geborene, und nur die nach dem 10. Monat geborenen Kinder unterwirft es, wenn die Rechtmäßigkeit ihrer Geburt bestritten wird, der Untersuchung der Kunstverständigen; s. v. Zeillers Commentar Bd. I. S. 315. und das Preußische Landr. Th. II. Tit. II. Abschn. 1. §. 19. verordnet auch bestimmt, daß ein Kind, welches bis zum 302. Tag nach dem Tode des Ehemanns geboren worden, für ein eheliches Kind desselben zu achten sey.

Alimente.

Wenn gleich von Seite der Eltern die Zurückforderung der für ihre Kinder bestrittenen Alimente, im Fall diese zu eigenem hinlänglichen Vermögen gelangen, durch die für die Absicht zu schenken streitende Vermuthung ausgeschlossen wird, so kann doch diese Vermuthung durch den Beweis des animi repetendi, wenn dieser durch unzweideutig denselben constatirende Handlungen erbracht wird, elidirt werden, und dann muß der Zurückforderung statt gegeben werden, weil die Verbindlichkeit der Eltern nur eine subsidiäre ist. Haben die Eltern Schulden für die Kinder bezahlt, so braucht nach der Analogie der l. 5. §. 16. D. de alend. lib. nicht einmal der animus repetendi bewiesen zu werden, s. Hagemann pr. Erört. Bd. VI. S. 88.

G. 444. Fr. 25. Vgl. S. 577. Fr. 19.

Digitized by Google

Hat Einer von mehreren Geschwistern das väterliche Gut übernommen, und längere Zeit hindurch den einem anderen Geschwister ausgesetzten Erbtheil unberichtigt und unverzinst gelassen, dagegen diesem Abfindling auf dem Gute die Alimentation gereicht, so ist die Aufstellung einer Kostgeldsforderung für unstatthaft, vielmehr eine allgemeine Abgleichung derartiger Ansprüche mit den Zinsen und Auftünften des dem Abfindling gebührenden Erbtheils nach der Natur solcher deutschrechtlicher Verhältnisse für angemessen zu erachten, s. Archiv f. d. Praxis der im G. H. Oldenburg geltenden Rechte Bd. I. S. 192.

Rückvergütung der einem selbstständigen Menschen gegebenen Alimente kann nicht, wie in Pfeiffers prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 170. angenommen wird, allemal gefordert werden, sondern nur dann, wenn die Rückvergütung vertragsmäßig zugesichert, oder doch durch concludente Handlungen der animus repetendi dargelegt ist, s. Erk. d. O. A. G. in Wiesbaden in Flach Entsch. Th. II. S. 98. und des O. A. G. in Oldenburg. l. c.

S. 446. Fr. 26. Gegen den hier aufgestellten Satz: daß die Verbindlichkeit des Erzeugers zur Alimentation des von ihm außer der Ehe erzeugten Kindes auf seine Erben übergehe, welchen neuerlich wieder Busch im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 216. vertheidigt hat, ist zwar Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 327. wiederholt in den Kampf getreten; der Verf. kann aber S. 334. nicht wohl in Abrede stellen, daß die Praxis dafür feststehe, welcher auch das O. A. G. in Dresden gefolgt ist, s. Erk. v. J. 1841 in Emminghaus. Pand. S. 405. no. 30. Hänsel Excurse I. S. 313. Busch bezeugt l. c. S. 223. not. 14., daß von den vielen ihm zu Gesicht gekommenen Rechtssprüchen deutscher Juristenfacultäten nicht ein einziger von dieser Ansicht abweiche.

S. 446. Fr. 27. Die Frage: nach welchen Gesetzen die aus dem außerehelichen Beischlaf abgeleiteten Verbindlichkeiten zu entscheiden seyen? gehört bekanntlich zu den bestrittensten; vgl. Bd. I. Seite 69. lit. H. S. 426. Fr. 34. — Dieselben als obl. ex delicto mit v. Savigny im System d. röm. Rechts Bd. VIII. S. 279. und 527. not. g. mit Beziehung auf die Reichspolizei-Ordnung v. J. 1530. tit. 33. v. J. 1548. tit. 25. v. J. 1577 tit. 26. anzusehen, möchte wohl niemand mehr nach den Gesetzgebungen der neueren Zeit geneigt seyn; vgl. vorzüglich v. Vangerow Pandekten Bd. I. S. 405. Diese Ansicht ist auch durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin v. 21. November 1849, s. Justizministerialblatt Jahrg. XII. no. 5. S. 50. und durch Erkenntnisse des Oberappell. Gericht in München,

Digitized by Google

s. Blätter für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück Bd. VI. S. 182. not. 8. Bd. XIV. S. 188. verworfen worden. Für die Gesetze des Orts, wo der Beischlaf gepflogen ward, hat sich zwar früher das Oberappell. Gericht in München entschieden, s. die angeführten Blätter für Rechtsanwendung Bd. VII. S. 336. in der Folge aber für die Domicilsgesetze des Beklagten, s. ebend. Bd. XIV. S. 187. und Seufferts Commentar zur Bayerischen Ger. Ordn. Bd. I. S. 245. Eben so das K. Würtembergische Obertribunal zu Stuttgart, s. Sarwey Monatsschrift für die Justizpflege in Würtemberg Bd. XIII. S 244. verb.: „indem es im Allgemeinen Rechtens sey, daß sich der Richter nach den Gesetzen seines Landes richte, zumal wenn der Beklagte ein Angehöriger des Landes sey. Allerdings gebe es Ausnahmen von dieser Regel, von welchen aber keine zutreffe." — Zu welchem widerstrebenden Resultat man auf diesem Weg gelangt, wenn man nur die Gesetze des Klagorts in Anwendung bringen läßt, wie v. Savigny a. a. O. behauptet, ist schon oben in der Gesammtübersicht der Lehre von Collision der Gesetze (zu Bd. I. S. 50. Fr. 16.) bemerkt worden. Weit mehr entsprechen dem Gerechtigkeitsgefühl die in den Entscheidungen des Oberapp. Gerichts in Jena ausgesprochenen Grundsätze! Es heißt da: „Nach constanter Praxis des hiesigen Gerichts werden die Verpflichtungen des Schwängerers nach den Gesetzen des Orts, wo sie begründet wurden, beurtheilt *)." Es ist ein in der Natur der Sache

*) Zweifelsucht hat dagegen das Bedenken erhoben, der Ort des Beischlafs sey häufig ganz zufällig, z. B. das Dorf, in welchem die Concumbenten aus Veranlassung der Kirchweihe zusammenkamen, der Wald, in welchem sie sich begegneten; von solchem Zufall könne man die Entscheidung wichtiger Fragen nicht abhängig machen, s. Seuffert Commentar über die Bayer. Ger. O. Bd. I. S. 245. Aber ist denn der Sitz und das Recht der Person ein anderes auf dem Spaziergang, als zu Hause? — Sehr richtig hat der oben angeführte Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin ausgesprochen: „die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen müssen nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt werden, unter welcher derselbe seinen Wohnsitz hat. Daraus ergiebt sich, daß wenn Mutter und Kind an einem Orte wohnen, dessen Gesetze (wie die Französischen) dem außerehelich erzeugten Kinde aus dem Acte der Zeugung kein Recht auf Alimentation einräumen, sondern lediglich auf Grund eines besonderen Rechtstitels, insbesondere auf Grund einer ausdrücklichen Anerkennung — auch überall nur die am Geburts- und Wohnort des Kindes geltenden Gesetze zur Anwendung kommen können" In Uebereinstimmung hiemit lehrt Günther in Weiske's Rechtslexicon Bd. IV. S. 732. die nur dem Verhältnisse der außerehelichen Geschlechtsverbindung entspringenden Verbindlichkeiten des unehelichen Vaters können in der Heimath desselben nur dann ihre Wirksamkeit äußern, wenn selbige sowohl in dem

Digitized by Google

beruhender und fast allgemein anerkannter Grundsatz, daß auf der einen Seite jeder Staat das Recht hat, von den Ausländern, die sich in ihm aufhalten, für ihre dort vorgenommenen Handlungen Unterwerfung unter das in ihm geltende Gesetz zu fordern; ferner ist es Grundsatz, daß ein nach ausländischem Gesetz gültig erworbenes Recht überall geltend gemacht werden kann, wo ihm nicht ein Prohibitivgesetz entgegensteht. arg. l. 8. i. f. pr. D. 17. 1. Daraus folgt, daß, wenn ein Inländer durch eine im Auslande begangene Handlung nach dortigen Gesetzen gegen dortige Unterthanen eine Verbindlichkeit contrahirt haben würde, er an sich dadurch allerdings nach dem dortigen Gesetz obligirt, und das von dem Ausländer gegen ihn erworbene Recht auch im Inlande nach ausländischem Gesetz beurtheilt werden muß. Der Grundsatz locus regit actum leidet zwar manche Ausnahme, aber nicht im gegenwärtigen Fall. Die Geschwächte darf aus der mit dem Ausländer verübten That keine andere Verbindlichkeit des Letzteren ansprechen, als welche die Gesetze, unter welchen sie delinquirte, mit sich bringen. Auch die privatrechtlichen Wirkungen des Delicts stehen vermöge ihrer accessorischen Natur (s. Martin Civilproceß §. 54. Ed. XI.) unter demselben Gesichtspunkt. Die Geschwächte ist nicht befugt, ihren Ansprüchen Gesetze unterzulegen, welche ihr selbst durchaus fremd sind, welche sie auf keine Weise verletzt, und denen sie auch sonst nicht sich unterworfen hat. Auch die Verbindlichkeiten des Schwängerers können, abgesehen selbst von der obigen, allerdings nicht unbedingten Regel, keine anderen seyn, als welche den Rechten der Klägerin entsprechen. Gar kein Gewicht ist darauf zu legen, wo der Schwängerer der Erfüllung seiner Pflichten sich geweigert hat; es kommt auf den Ort der Entstehung derselben, nicht der Weigerung an, s. Emminghaus Pandekten des gem. Sächsischen Rechts. S. 52. u. 53. no. 6. u. 9.

G. 449. Fr. 1. Nach heutigen gemeinen Rechtsbegriffen ist zur juristischen Existenz (Wirksamkeit) der Ehe die Beschreitung des Ehebetts oder die wirkliche eheliche Beiwohnung nicht erforderlich. So erkannte auch das G. Hessische O. A. G., s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 891. 2. Aufl. In Sachsen hat eben so ein Gesetz v. 31. Januar 1829. §. 92. entschieden, weshalb die von uns angeführte Meinung Hellfelds zu verwerfen ist.

Lande, dessen Bürger er selbst, als in dem Lande, dessen Bürger das Kind ist, von den Gesetzen anerkannt werden. Erkennen die Gesetzgebungen verschiedener Länder zwar im Allgemeinen jene Pflichten an, jedoch unter abweichenden Bestimmungen hinsichtlich der Summe, der Zeitdauer ꝛc., so haben die Gesetze den Vorzug, welche die geringere Verbindlichkeit auflegen.

Digitized by Google

Eherecht.

Die gewöhnliche Meinung, daß Gewissensehen durchaus ungültig seyen, hat in neuerer Zeit, aus Veranlassung des Reichsgräflich Bentinckschen Erbfolgestreits lebhafte Angriffe erfahren, s. K. F. Dieck die Gewissensehe ꝛc. Halle 1838. K. G. Bretschneider, ob die mit Unterlassung der kirchlichen Trauung von einem evangelischen Landesherrn geschlossene Gewissensehe für eine wahre Ehe angesehen werden könne? Lpz. 1844. A. Michaelis Votum über den Reichsgräfl. Bentinkschen Erbfolgestreit Tübingen 1841, vgl. die Recensionen dieser Schriften in den kritischen Jahrb. f. deutsche Rechtsw. von Schneider und Richter Jahrg. 1840. S. 579. u. 1057. Jahrg. 1841. S. 1068. — Von Dieck und Michaelis wird deducirt: das römische Recht spreche für die Gültigkeit einer formlosen Ehe, vermöge des Grundsatzes: consensus facit nuptias. Dieser Grundsatz komme auch im ältesten christlichen Eherecht vor, can. 3. §. 1. can. 4. c. 27. qu. 2., vgl. auch c. 22. 23. X. de sponsal. (4. 1.) das Verbot der clandestina matrimonia sowohl im Mittelalter als nach den Vorschriften des Tridentinischen Conciliums habe durchaus nicht die Wirkung, solche Ehen nichtig zu machen. Ganz falsch sey die Behauptung Wilda's (s. Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. III. S. 197. Bd. IV. S. 148.), dergleichen Ehen seyen blos kirchlich nicht juristisch wirksam gewesen, denn in den Ländern, wo das reine katholische Kirchenrecht gilt, werde noch jetzt eine Ehe für gültig abgeschlossen erachtet, wenn der Wille sie zu schließen, vor dem Pfarrer erklärt ist. Von den beiden Senaten des Oberlandesgerichts in Halberstadt, und dem geh. Obertribunal in Berlin wurde i. J. 1830, 1831 u. 1833 eine zwar vor einem Pfarrer und zwei Zeugen aber in dunkler Nacht eingegangene und bis zum Tod des Mannes verheimlichte Ehe für gültig erklärt. Luther weicht blos in einem Punkt von den Grundsätzen des canonischen Rechts ab, indem er die ohne Einwilligung der Eltern geschlossenen geheimen Ehen in der Regel*) für unverbindlich erklärt. Uebrigens wünsche er zwar öffentliche Eingehung der Ehe, habe aber keine feste und bestimmte Weise, wie sie eingegangen werden soll, vorgeschrieben. In seinen Tischreden no. 118. äußere er sich dahin: „Da einer bei ihm ein Kebsweib oder Concubine hätte, und sie sagten Eins dem Andern Treu

S. 454. Fr. 18. und 37.

*) Eine Ausnahme macht er gleichwohl, wenn er sagt: „man solle selbst die gegen den Willen der Eltern heimlich Verbundenen beisammen lassen, wenn die copula carnalis erfolgt sei."

Digitized by Google

und Glauben zu und hielten sich für rechte Eheleute, das ist vor Gott eine rechte Ehe, und ob es wohl ärgerlich ist, doch schadet solches Aergerniß nicht." — Hieraus erkläre sich eine andere Aeußerung Luthers, wo er sagt: „der Fürsten und großen Herren heimliche Ehe ist eine rechte Ehe vor Gott, ob sie wohl ohne alles Gepränge und Feierlichkeit zugeht."

Auch Wilda a. a. O. gesteht zu: wo ein Gesetz oder eine unbestrittene Observanz sich über die Nothwendigkeit der Trauung gebildet habe, hätten freilich die Juristen dieselbe anerkannt; sie hätten dies aber nur als eine Folge particulärer Rechtsbildung angesehen, wodurch die Gültigkeit des Satzes, „consensus facit nuptias" wohl beschränkt werde, allein seine gemeinrechtliche Bedeutung nicht verliere. Da die Trauung nicht göttlichen Rechts, sondern menschlicher Einsetzung ist, so könne auch dem Inhaber der Staats- und Kirchengewalt das Dispensationsrecht in Beziehung auf die Unterlassung der Trauung nicht beanstandet werden, und mit Recht behaupte daher Zachariä im deutschen Staats- und Bundesrecht Abth. I. S. 157. daß man die Frage, ob der protestantische Landesherr (der katholische hat diese Befugniß offenbar nicht) sich selbst von der Beobachtung der Form der priesterlichen Trauung dispensiren könne, gewiß bejahen müsse. So erkennen auch Thibaut im System des P R §. 695. und eben so Feuerbach, C. S. Zachariä, Walter, Göschel u. A. die von deutschen Landesherren *)

*) Hinsichtlich des hohen Adels in Deutschland haben sich indessen über den Begriff verschiedene Meinungen gebildet. Unbestritten ist zwar, daß die Reichsunmittelbarkeit und die Landeshoheit erfordert werde, daß aber auch die Reichsstandschaft vorausgesetzt werde, um den hohen vom niedern Adel zu scheiden, läugnen Manche, z. B. Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 58. S. 203., indem sie zum Theil annehmen, die Eigenschaft eines regierenden Herrn habe den hohen Adelsstand gegeben, s. Wilda l. c. Bd. III. S. 238. zum Theil bloße Qualification zur Reichsstandschaft als hinreichend ansehen, s. Tabor die Gefahren und Beeinträchtigungen der Successionsrechte der Reichsgrafen von Oldenburg-Bentink. Dresden 1840. Es ist aber wohl richtiger, die Reichsstandschaft als wesentliches Criterium des hohen Adels aufzunehmen. Die Bezeichnung „regierender Herr" hat nicht eine solche technische Bedeutung, welche hier genügen könnte. Wer Land und Leute hat, ist deshalb nicht Regent im höheren Sinn, sonst wäre es auch jedes Mitglied der Reichsritterschaft. Das Privatfürstenrecht ist daher nur auf den ehemals reichsständischen Adel anwendbar, welcher als hoher Adel deswegen gilt, weil er nur der Reichsstaatsgewalt unterworfen, und an deren Ausübung selbst Theil genommen hat, s. Dieck in den kritischen Jahrb. f. deutsche Rechtsw. Jahrg. V. S. 1066. Diese Distinction findet sich auch in der Wahlkapitulation Art. 24. §. 9. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 56 u. 57. Heffter Beitr. zum deutsch. Staats- und Fürstenrecht.

Digitized by Google

heimlich oder nicht heimlich geschlossenen Gewissensehen für rechtsgültige Ehen mit allen rechtlichen Wirkungen bezüglich der Kinder an, s. Zachariä l. c.

Die Frage: ob die Ehe eines zum hohen Adel gehörigen Mannes*) mit einer Frau aus der Sphäre des niederen Adels für eine ebenbürtige oder für eine — die Nachfolge der Kinder in das Familienfideicommiß ausschließende — Mißheirath zu achten sey? wurde durch drei conforme Erkenntnisse zweier K. Preußischer Oberlandesgerichte, und des geh. Ober-Tribunals zu Berlin nach dem Grundsatz entschieden: „als ein ausgemachter Grundsatz des deutschen Privatrechts kann nur so viel angenommen werden: daß die Ehe einer Person von hohem Adel mit einer bürgerlichen für eine Mißheirath zu achten sey; nicht aber, daß ein Gleiches auch bei den Ehen unter Personen des hohen und niedern Adels anzunehmen sey," s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XI. S. 166. Eben so erkannte der oberste Gerichtshof in Bayern den 27. Aug. 1841, s. ebend. S. 267. Es ist dabei bemerkt: daß die Stelle der Wahlkapitulation Carls VII. v. 1742. Art. 22. §. 4. in Betreff der unstreitig notorischen Mißheirathen, nur auf Ehen bezogen werden kann, wie diejenige war, welche zunächst zu derselben Veranlassung gegeben hat (die Ehe des Herzogs Anton Ulrich von Sachsen-Meiningen mit Philippine Cäsarea Schurmann, Tochter eines Hessischen Hauptmanns) mithin auf Ehen zwischen einem Reichsstande und einer nichtadelichen Person, zumal da die reichsgerichtliche Praxis eben so darüber schwankte, als das Familien-Herkommen immer verschieden war. Es handelt sich hier von einem Gegenstand des Privatfürstenrechts, durch die rheinische Bundesacte aber sind die deutschen Reichsgesetze nur in Beziehung auf den öffentlichen Rechtszustand aufgehoben worden, wogegen in Ansehung des Privatrechts die deutschen Reichsgesetze in allen denjenigen Ländern als Norm der Entscheidung dienen, in welchen nicht durch Gesetzbücher alle Quellen des gemeinen Rechts außer Kraft gesetzt wurden. Könnten aber auch die zur Zeit des deutschen Reichs bestandenen Bestimmungen über Mißheirathen durch die rheinische Bundesacte für aufgehoben erachtet werden, was mehrere Rechtsgelehrte behaupten, so wäre

S. 15. Die Bundesbeschlüsse v. 18. August 1825 und 13. Febr 1829 haben gesetzlich entschieden, welche mediatisirte oder standesherrliche Geschlechter dem hohen Adel im deutschen Bunde beizuzählen sind.

*) Durch Bundesbeschluß sind nunmehr die Grafen von Bentinck als zum hohen Adel und ebenbürtig erkannt worden.

Digitized by Google

doch deren verbindliche Kraft durch die deutsche Bundesacte wieder hergestellt worden, s. deren Art. 14. lit. a.

S. 457. Fr. 28. Die Ableitung einer Ehenichtigkeit aus einem Beischlafe, den die Frau vor Abschluß der Ehe mit einem Dritten vollzog, ward von dem O. A. Ger. Cassel 1833 und 1841 alsdann für statthaft erachtet, wenn des obigen Beischlafs Folge in Ungewißheit der Vaterschaft eines Kindes der Frau besteht. Als unerheblich ward betrachtet einestheils ein solcher Beischlaf, woraus eine Schwängerung gar nicht entstand, und anderntheils die mit dem Ehemann selbst verübte anticipatio concubitus, indem sein Glaube, jene habe nur mit ihm fleischlichen Umgang gepflogen, vorausgesetzt werden müsse. Strippelmann Entsch. II. S. 239. Mehr wollte aber 1839 das O. A. Ger. in Wiesbaden dem Ehemann obige Klage erschweren. Denn es legte alles Gewicht vielmehr auf die Gewißheit der Causalität der Schwängerung aus dem, mit dem Dritten verübten Beischlafe, und belastete daher den Ehemann, der blos einen im 6. Monat vor der Niederkunft begangenen concubitus eingestand, mit der Nachweisung der Reife des zur Welt gebornen Kindes, während der Frau ihre Vertheidigung mittelst Darthuns noch früheren concubitus anticipati freigestellt ward, s. Flach Entsch. II. S. 114.

Aus einem Betrug in Hinsicht auf das Vermögen wird nach mehreren Erkenntnissen des O. A. G. in Dresden nur dann eine Ehenichtigkeit mit Recht abgeleitet, wenn eine Ehe dadurch herbeigeführt ward, in welcher es den Eheleuten an dem Bedarfe zur Erhaltung eines ihren bürgerlichen Verhältnissen entsprechenden Hausstandes fehlt, wobei nicht nur das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Mannes, sondern auch das Vermögen der Frau zu beachten ist, s. Ackermann Rechtssätze N. F. I. S. 334. Mittheilungen des Voigtländ. Vereins 1837. S. 31. u. 92.

S. 457. Fr. 30. Die Frage: ist ein Arrogirter gehalten, den Consens seiner natürlichen Eltern zu seiner Verheirathung nachzusuchen? hat das O. A. G. in Dresden unter Bezugnahme auf Carpzov jur. consist. Lib. II. Def. 49. bejahend entschieden, indem die in des Arrogirten Familienverhältnissen eintretenden civilrechtlichen Aenderungen die Blutverwandtschaftl. Verhältnisse und den durch diese bedingten metum reverentialem unberührt lassen. Kritz Rechtsfälle Bd. V. S. 356. Emminghaus Pand. S. 257. not. 1.

Wenn schon die väterliche Gewalt über Töchter durch deren Heirath ganz erlischt, und auch nach Aufhebung der Ehe nicht wieder auflebt, wenn auch die Tochter wieder Unterhalt im Vaterhause em-

Digitized by Google

pfangen sollte, s. Glück P. K. II. S. 443., so bedarf doch die Tochter zu einer anderweiten Ehe die Einwilligung ihrer Eltern, da dieses Erforderniß nicht sowohl Ausfluß der väterlichen Gewalt, als Folge der den Eltern schuldigen Achtung ist. Carpzov Jurispr. consist. II. 3. d. 49. Kind IV. c. 8. v. Hartitzsch Rechtsfr. S. 410.

Die richterliche Supplirung des Elterlichen Eheconsenses kann alsdann nicht erfolgen, wenn die darum anrufende Tochter noch sehr jung, z. B. 16 Jahre alt ist; s. Erk. d. O. A. G. in Emminghaus Pand S. 257. no. 4.

Das römische Recht verbietet namentlich nur die Ehe zwischen Christen und Juden l. 6. C. de Judaeis. In der Abendländischen Kirche ist es nur durch eine allgemeine kirchliche Gewohnheit als Gesetz angenommen, daß die Ehen zwischen Getauften und Ungetauften ungültig seyen. Glück P. K. Bd. XXIV. §. 1216 d. Einzelne deutsche Landesgesetze lassen die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen zu, z. B. die Gesetzgebung von Sachsen-Weimar, und nach der Meinun Einiger wäre auch das Preußische Landrecht dafür anzuführen; s. Bornemanns Civilrecht Bd. V. S. 53. S. 468. Fr. 6. lit. A.

S. 468. Fr. 22. lit. b. ist statt der Letzteren, des Letzteren zu lesen, nämlich: verboten ist die Ehe zwischen dem Adoptivsohn und der Mutter und Mutterschwester des Adoptivvaters, l. 23. D. adoptionibus, Glück P. K. Bd. XXII. S. 410.

Obgleich die gemeine Meinung dahin geht, daß in dem Fall eines ausdrücklichen Mosaischen Eheverbots die dawider eingegangene Ehe wieder getrennt werden müsse, so machen doch mehrere Rechtsgelehrte von Gewicht den von uns schon berührten Unterschied zwischen den natürlichen und willkürlichen Mosaischen Eheverboten geltend. Carpzov Jurispr. consist. L. II. tit. 6. Def. 99. Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 164. §. 3. Hinsichtlich der letzteren obwohl auch indispensablen Fälle läßt sich behaupten, daß die Trennung einer solchen in gutem Glauben geschlossenen Ehe mehr Uebel stiften würde, als deren Erhaltung. S. 471. Fr. 34.

Die von uns angenommene Meinung: daß, wenn gleich das erste gültige Eheverlöbniß durch eine von dem Verlobten mit einer anderen Person gepflogene heimliche Trauung nicht unwirksam gemacht werden kann, doch die Wirkung nicht, wie Einige dafür halten, z. B. Hagemann pr. Erörter. Bd. VII. S. 66. Boehmer Princ. jur. can. §. 378. Dabelow Eherecht §. 92. so weit gehen könne, die Scheidung einer solchen Ehe zur Folge zu haben, vertheidigt auch Schnaubert in den Grds. d. Kirchenr. d. Protestanten §. 232. mit der Bemerkung, daß S. 480. Fr. 12.

Digitized by Google

das durch priesterliche Trauung geschlossene Ehebund stärker sey, als die aus dem ersten Verlöbniß entsprungene Verbindlichkeit.

S. 486. Fr. 34. Wenn das Eheverlöbniß durch den Tod aufgehoben worden ist, so wird in Betreff der Zurückgabe der Brautgeschenke ein Unterschied gemacht, je nachdem die Braut dem Bräutigam oder der Bräutigam der Braut die Geschenke gemacht hat; im ersten Fall hat die Braut oder deren Erbe dieselben zurück zu erhalten, im letzteren Fall soll die Zurückgabe nur dann vollständig geschehen, wenn die Braut nicht geküßt war, aber interveniente osculo soll sie die Hälfte behalten, l. 1. i. f. D. 39. 5. — l. 16. C. 5. 3. Von mehreren Rechtsgelehrten wird zwar der letztere Unterschied in praxi nicht statuirt, s. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XII. S. 269. und die Citate in Glücks P. R. Bd. XXIV. S. 400. aber, wie Glück l. c. behauptet, ohne zulänglichen Grund, womit übereinstimmt Thibaut im System §. 313. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. II. S. 466.

Wenn das Verlöbniß durch Schuld eines Theils rückgängig wird, so verliert der Schuldige, was er zum Mahlschatz gab, und muß das Empfangene zurückgeben. Es findet da rücksichtlich des Mahlschatzes — doch nicht in Ansehung der sponsalitia largitas, restitutio dupli statt, nämlich, wenn der schuldige Theil derjenige ist, welcher den Mahlschatz gegeben hat, so verliert er ihn, und muß das Empfangene zurückgeben, und wenn er einen Mahlschatz empfangen, aber keinen dagegen gegeben hat, so muß er den empfangenen Mahlschatz zurückgeben, und noch einmal so viel zulegen, ausgenommen, wenn er noch minderjährig war, denn dann giebt er nur das Empfangene zurück, l. 15. C. 5. 3. — l. 5. C. 5. 1. Eltern, welche für ihre Tochter den Mahlschatz empfangen haben, haften immer für das Doppelte. Glück l. c. S. 410. Der Einwand Einiger, daß die römischen Privatstrafen h. z. T. außer Gebrauch seyen, ist wohl nicht gegründet, s. Weber civil. Vers. S. 67. Thibaut System Th. I. §. 313. Ed. 8. Glück l. c. S. 411.

S. 490. lit. a ist nach den Worten: „darf aber der Fall ꝛc." das Wort „nicht" einzuschalten.

S. 494. Fr. 6. Diesen Grundsätzen gemäß erkannte das O. A. G. in Dresden: Ehefrauen erwerben ihre Schauspieler-Gage, sowie das, was sie damit ankaufen, denn die Berechtigung des Mannes, Thätigkeit der Frau zur Erhaltung des Hausstandes zu fordern, erstreckt sich nicht auf solche Leistungen derselben, welche eine Ausbildung besonders erlernter Kunst und Ausübung derselben, ohne Beziehung auf das Gewerb des Mannes erfordern. Unbillig wäre, wenn die Frau lediglich dem Manne verdienen sollte, was sie erst nach mit Kosten und Zeitaufwand erfolg-

Digitized by Google

ter Erlernung sich verschaffen kann, s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1845. S. 236. v. J. 1852. S. 143., vgl. Berger Oec. jur. III. 3. 8. Hänsel Excurse zu Curtius §. 113. Weber Kirchenr. §. 128.

Hat auch der Ehemann den Schwiegereltern versprochen, „sie in S. 496. ihrer Wirthschaft zu unterstützen," so kann das auf die ehelichen Ver- Fr. 12. hältnisse nicht von Einfluß seyn. Mögen die Schwiegereltern daraus irgend einen Anspruch gegen den Mann ableiten; jedenfalls steht der Frau kein Recht zu, darum der Pflicht sich zu entziehen, dem Manne dahin zu folgen, wo er seinen Wohnsitz zu nehmen für gut findet; s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus Pand. S. 265. no. 33. Glück P. K. XXIII. S. 381. Quistorp Beitr. I. S. 338. Schnaubert Kirchenr. §. 254. Weise Kirchenr. II. S. 674. III. S. 411.

Daß der Ehemann durch Einrichtung eines selbstständigen Haushalts die Bedingung zum Bestand eines geeigneten ehelichen Verhältnisses gewähren muß, liegt in der Natur der Sache. Diese Verbindlichkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Ehefrau vor Eingehung der Ehe die von seinen Eltern abhängige Stellung des Ehemanns kannte, und daß es allerdings vorkommt, daß verheirathete Söhne sammt ihren Frauen sich in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern befinden; denn ein solches Verhältniß ist zwar nach Willkür zulässig, allein eine rechtliche Verpflichtung hiezu ist nicht zu begründen, indem es contra bonos mores wäre, eine derartige Gebundenheit einer Familie an eine andere als Rechtspflicht anzunehmen, s. Erk. d. O. A. G. in Jena, in Emminghaus Pand. S. 265. no. 35.

Die Frage: ob ein dem Manne als Rechnungsbeamten S. 497. zur Last fallender Rechnungs-Receß für eine Eheschuld Fr. 1. zu achten seye wurde von dem Herzogl. Nassauischen O. A. Ger. zu Wiesbaden bejahend entschieden, woferne nicht bewiesen wurde, daß der Passiv-Receß zu anderen als ehelichen Zwecken verwendet worden sey; denn die Vermuthung streite im Fall der Entwendung des fehlenden für die Verwendung in den ehelichen Nutzen, ist aber der Passiv-Receß durch Dienstesversehen entstanden, so müsse man annehmen, daß sowie der Ehemann sich den Schaden und Verlust, welchen die Frau in ihrem Haushaltungsberuf verschuldet, gefallen lassen muß, so sey nichts billiger, als daß die Frau ein Versehen des Ehemanns in seinem Dienstgeschäft mittragen helfe, s. v. d. Nahmer Samml. Bd. I. S 331. Daß der Satz: das Vermögen der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau hafte — wo nicht durch Particulargesetze Ausnahmen oder Modificationen ausdrücklich gemacht sind — für jede vom Manne contrahirte Schuld, wenn die Ehefrau gleich nicht in dieselbe einge-

Digitized by Google

willigt hat, auch auf Bürgschaftsschulden Anwendung finde, ist vom K. B. Ob. App. Ger. in München gegen abweichende Meinungen Einiger z. B. Danz Hdb. d. d. Privatr. Bd. VI. §. 412. 413. Scherer ehel. G. G. Th. I. S. 139. sanctionirt worden, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 314.

S. 497. §. 5. Kann die Ehefrau, welche zum Zweck hauswirthschaftlicher Bedürfnisse mit einem Dritten ein Geschäft eingegangen hat, aus demselben unmittelbar vom Gläubiger belangt werden?

Gegen die von Kind in quaest. for. Ed. II. T. III. c. 111. aufgestellte Behauptung, daß der Gläubiger desfalls die Wahl habe, entweder die Ehefrau oder den Ehemann zu belangen, hat das Sächsische Appell. Ger. entschieden, daß die Ehefrau hinsichtlich der hauswirthschaftlichen Geschäfte, welche der Ehefrau rechtlicher Vermuthung nach zukommen, anspruchsfrei sey, weil sie in Geschäften der Haushaltung nur als Verwalterin des Mannes betrachtet werde, und sich für diesen gegen einen Dritten nicht verbindlich machen dürfe, s. Kori Erörter. Th. II. S. 107. Unter die Kategorie solcher hauswirthschaftlicher Geschäfte hat dieses Justizkollegium das Miethen weiblichen Gesindes, den Einkauf von Schmuck und Putzsachen, für die Ehefrau selbst oder für die Kinder, soweit dieser Aufwand nicht die Grenzen des dem Ehemann obliegenden standesmäßigen Unterhalts der Familie überstieg, ingleichen die Uebernahme eines bereits vom Ehemann selbst gemietheten Logis mit Möbeln durch die Ehefrau, weil die Prüfung der Möbeln mehr Sache der Frau, als des Mannes ist, gerechnet, l. c.

Wie aber, wenn eine Ehefrau, welche bona receptitia hat, dergleichen Geschäfte einging? Daß sie, soweit ihre Receptitien reichen, sich eben so selbstständig verpflichten und Schulden contrahiren kann, wie eine unverehlichte Weibsperson, leidet keinen Zweifel. Hat sie aber dann doch auch die Vermuthung für sich, daß sie bei dergleichen Einkäufen nur im Namen des Ehemanns contrahire? — Das O. A. G. in Dresden urtheilte, daß in jedem gegebenen Falle die näheren Umstände zu prüfen seyen, welche diese Vermuthung entweder unterstützen oder entkräften.

Der Vorbehalt des eheweiblichen Vermögens zur freier Disposition geschieht nämlich nicht blos zur Sicherung dieses Vermögens, sondern gewöhnlich auch in der Absicht, außer demjenigen, was die Frau vom Ehemann erhält, noch Mittel zur freien Verfügung zu haben, durch welche sie, unabhängig von der Geneigtheit oder Zahlungsfähigkeit ihres Mannes, nach eigener Wahl Ausgaben bestreiten und Wünsche befriedigen könne. Dergleichen Wünsche können entweder auf Erhöhung

Digitized by Google

des Lebensgenusses für die Gattin selbst, oder auch auf die Füglichkeit gerichtet seyn, ihren Angehörigen durch Geschenke und andere Aufmerksamkeiten Beweise ihrer Zuneigung zu geben. Kann man daher einer solchen Frau die Fähigkeit nicht absprechen, durch Einkauf von Gegenständen, welche sie für sich oder Andere verwenden will, Verpflichtungen einzugehen, und kann man doch auch im Verhältniß des gewöhnlichen Verkehrs dem Verkäufer nicht zumuthen, daß er sich einer ausdrücklichen Erklärung der Käuferin, daß sie für sich selbst kaufe, versichern müsse, oder daß er bestimmt erklären müsse, nicht ihrem Manne, sondern ihr selbst creditiren zu wollen, so bleibt nichts übrig, als der Vermuthung, daß sie nur im Namen ihres Ehemanns handle, nur dann statt zu geben, wenn aus den Umständen offenbar ist, daß die erkauften Gegenstände für die laufenden Bedürfnisse der Person des Mannes, oder des gemeinschaftlichen Haushalts, für welchen diese die Mittel herzugeben hat, bestimmt seyen. Dagegen fällt die Vermuthung weg, wenn es andre Sachen, z. B. weibliche Kleidungsstücke, oder sonst Ausgaben betrifft, welche eine Frau von ihren Receptitien oder Nadelgeldern zu bestreiten pflegt. Eben so fällt die Vermuthung hinweg, wenn eine Frau getrennt von ihrem Manne lebt, welcher sich nicht um ihren Unterhalt bekümmert, oder ihr Alimente in Geld giebt, wofür sie sich die nöthigen Bedürfnisse anzuschaffen hat, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1851. no. 56.

Daß auch bei verändertem Wohnort die ehelichen Vermögensrechte nach den Gesetzen des Orts der ursprünglichen Niederlassung sich richten, wird bestätigt durch Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte in Bayern, s. Seuffert und Glück Blätter f. R. A. Bd. XI. S. 92. in Celle, s. juristl. Ztg. f. Hannover 1843. H. 2. S. 72., in Wiesbaden, s. Flach Entscheid. Th. I. S. 94. S. 500. Fr. 2.

Praesamtio Muciana. Glück im P. K. Bd. XXVI. S. 219. hält dafür, daß der Fall, wenn der Mann zu einer hausfässigen Frauensperson einheirathet, nur dann eine Ausnahme von der für das maritalische Vermögen streitenden Mucianischen Präsumtion begründen könne, wenn der Mann notorisch ohne alles Vermögen, die Frau aber begütert war, Leyser Sp. 318. M. 2. räumt ein, daß die Mucianische Präsumtion auch per argumenta leviora et verosimiles conjecturas elidirt werden könne. Die praes. Muciana ändert auch nichts an dem Grundsatze, daß Alles, was die Frau während der Ehe (außer operis officialibus s. domesticis) erwirbt, ihr Eigenthum wird, gerade so, wie wenn sie unverheirathet wäre. Glück l. c. S. 309. Puchta Pand. §. 413. Jene Präsumtion bedeutet nur, daß im Fall, wo die S. 502. Fr. 11.

Digitized by Google

Frau über die Quelle eines Erwerbes sich nicht ausweisen kann, Schenkung des Mannes angenommen wird. Dasselbe gilt, wenn sie mittelst Vermögens des Mannes erworben hat, l. 6. C. 4. 50. Dagegen spricht l. 31. D. 24. 1. von dem Erwerb aus operis officialibus, s. Dulhesne in d. Sächs. Zeitschr. IX. S. 495. Gegen eine zu weit ausgedehnte Wirksamkeit der praes. Muciana hat das O. A. G. in Jena (s. Elvers jur. Zeitung v. J. 1829. S. 195.) folgendermaßen entschieden. Der Erbe des A. klagte gegen dessen Wittwe auf Ersatz von 500 Thlrn., weil sie für so viel Grundstücke gekauft, und er läugnen müsse, daß sie solche mit eigenem Gelde bezahlt habe. Die praes. Muc. unterstützt diesen Anspruch nicht hinlänglich. Sie setzt voraus, daß das Object, bei welchem man darüber, ob es dem Mann gehöre, oder doch von ihm auf die Frau übertragen sey, zweifelt, entweder in der Gewahrsame des Mannes angetroffen werde, oder doch wenigstens zuvor von demselben besessen worden sey, denn ohne diese Voraussetzung würde l. 54. D. 50. 17. die gesetzliche Vermuthung sofort widerlegen. Weber v. d. Beweisführung S. 143. Kläger behauptet nicht, daß A. die Bezahlung der Kaufgelder verrichtet, oder sonst besorgt habe; eben so wenig, daß die Frau des A. jene Bezahlung selbst vorgenommen, oder dazu Geld hergegeben habe. Es läßt sich denken, daß ein Dritter, Darleiher, oder Geschäftsführer die Zahlung geleistet, mithin dazu Geld verwendet worden sey, das niemals in den Händen des A. oder seiner Ehefrau gewesen. Zudem führt Kläger selbst an, die Ehefrau habe während der Ehe ihr gehörige Grundstücke verkauft. Damit konnte sie sich jedenfalls Credit verschaffen, mittelst dessen sie im Stande war, die neuangekauften Ländereien zu bezahlen, ohne Verdacht eines turpis quaestus, den die praes. Muc. abwenden will. Merenda Controv. III. 16. c. 11.

S. 205. Fr. 12. Zur ehelichen Errungenschaft kann eine donatio simplex eben so wenig als der Gewinn eines Lotterieloses gerechnet werden, nach dem gesetzlichen Begriff in l. 8. D. 17. 2. quaestus intelligitur, qui ex opera cujusque descendit, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 116. Einen eigenthümlichen Fall, da der Ehemann ein Lotterieloos gekauft, die Frau aber nach seinem Tode aus dem Ihrigen bezahlt hat, entschied das O. A. G. in Cassel dahin, daß der darauf gefallene Gewinn von der Frau mit den Kindern als ein gemeinschaftlicher Gewinn zu theilen sey, weil ihr verstorbener Mann seine Hoffnung auf den Gewinn auf seine Erben transmittirt habe, s. Pfeiffer neue Samml. bemerkenswerther Entscheid. d. O. A. G. in Cassel Bd. I. S. 163.

Digitized by Google

Während der Ehe kann Zurückgabe des Eingebrachten auf gültige und unwiderrufliche Weise nur aus einem der in den Gesetzen Ausnahmsweise zugelassenen Grunde geschehen, l. un. C. 5. 19. Nov. 22. c. 39. Bei dieser der Schenkung unter Eheleuten gleich geachteten ungültigen Rückgabe findet Reue auf Seite des Ehemanns statt, s. Erk. d. O. A. G. in Jena, in Emminghaus S. Pand. S. 336. no. 22.

Es ist hier unter Beziehung auf l. 6. C. 5. 16. behauptet wor- S. 510.
den; wenn der Schenker bis an seinen Tod nicht widerrufen hat, der Fr. 12.
Beschenkte aber vor dem Schenker gestorben ist, so kann der Erbe des Beschenkten nicht mehr das Geschenk in Anspruch nehmen. Dagegen wurde in der Recension von Buchholz in Richter und Schneiders kritisch. Jahrb. v. J. 1844 eingewendet; „in der angeführten Gesetzstelle könne unmöglich der Fall zum Grund liegen, daß der Schenker bis an seinen Tod nicht widerrufen hat, indem der schenkende Gatte noch lebte, und an ihn das citirte Rescript ergangen ist." — Allerdings lebte der schenkende Gatte noch, aber daraus folgt doch nicht, daß das Citat der l. 6. unpassend sey, und es thut gar nichts zur Sache, daß sogar an ihn das Rescript gerichtet ist. In demselben ist nämlich folgender Fall gesetzt: angenommen, es seyen Sachen, die dir zugehörten, im Namen deiner Ehegattin hinterlegt, so kann dadurch allein dein wirkliches Eigenthumsrecht nicht verändert werden, denn wollte man aus deiner Handlung auf eine Schenkung schließen, die du der Frau mit diesen Sachen gemacht habest, so hindert dies doch dein Eigenthum nicht, weil eine während der Ehe gemachte Schenkung in dem Falle, wenn die Frau, welche die Freigebigkeit empfangen, früher verstirbt, ungültig ist. — Der Sinn ist also klar und einfach der: eine Schenkung unter Ehegatten convalescirt zwar durch den Tod des Schenkers, mithin konnte auch die deinige convalesciren, wenn du sie bei Lebzeiten nicht widerriefst, aber dadurch konnte doch deine Frau das Eigenthum an den Sachen nicht erwerben, weil sie vor dir gestorben, und in diesem Fall die Schenkung ungültig ist.

S. 510. Fr. 15. Zeile 1. ist das Citat dahin zu berichtigen: l. 24. C. 5. 16.
S. 511. Fr. 18. ist zu vergleichen S. 26. Fr. 15. und S. 125. Fr. 11.

Ueber die Frage: „ob die mit dem Dotalgeld angeschaff- S. 517.
ten Sachen Eigenthum der Frau werden? bestehen mehrerlei Fr. 4.
Meinungen. Die eine dahin, daß der Frau immer eine actio utilis zustehe, weil dieses in l. 54. D. 23. 3. unbedingt ausgesprochen ist: „res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Donell. Comm. Lib. V. cap. 2. §. 17—22. Mühlenbruch

Digitized by Google

Lehrb. d. Pandekt. Bd. III. §. 534. not. 4., eine andere für das gerade Gegentheil, höchstens mit Ausnahme des Falles, da die Surrogate absichtlich und zum Nutzen der Ehefrau an die Stelle des veräußerten Brautschatzes gesetzt sind, nach l. 26. u. 27. D. 23. 3. — denn die l. 12. C. 5. 12. sage: ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus *non tibi* quaeritur, — at dotis tantum actio tibi competit, und da damit die zuvor angeführte l. 54. D. 23. 3. unvereinbar sey, so müsse die Entscheidung des Codex vorgezogen werden. Thibaut System d. Pand. R. Bd. I. §. 346. Ed. 8. Gesterding Lehre vom Eigenthum, S. 302. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 19. Erk. d. O. A. G. zu Celle in Seufferts Archiv. Bd. I. S. 251. Eine dritte Meinung geht dahin, daß der Ehefrau die Vindication zustehe, aber nur in dem Fall, da der Mann in Concurs gerathen ist, indem die Inscription der l. 54. darauf hindeute, daß es sich von dem Zustand des Concurses handle, und als reine Singularität wohl neben der l. 12. C. bestehen könne, welche um so mehr berücksichtigt werden müsse, als ohne dringendste Noth ein Widerstreit der Gesetze nicht statuirt werden dürfe.

Diese Meinung ist in einem Erkenntniß des O. A. G. in München angenommen, s. Seufferts Archiv. Bd. IV. H. I. Nr. 57. — Mühlenbruch l. c. hält die l. 12. C. sogar nicht für widersprechend, denn sie läugne nur, daß das aus den Dotalgeldern erworbene Grundstück der Ehefrau erworben werde, was auch richtig sey, denn es könne immerhin Dotalqualität erlangen, die dos bleibe ja eben, so lange die Ehe bestehe, im Eigenthum des Mannes.

S. 518. Fr. 6. Unbestritten ist die väterliche Pflicht, die Tochter zu dotiren. Die Frage: wer als Kläger deshalb aufzutreten habe, ward von dem O. A. G. in Kassel dahin beantwortet, daß es der Ehemann sey, jedoch auch der Tochter selbst die Klagsbefugniß nach l. 29. l. 48. §. 1. D. 23. 3. alsdann nicht zu versagen sey, wenn ihr die dos zu geben versprochen war, und sie Kaution wegen Ansprüchen des Mannes bestellt, s. Strippelmanns Entsch. IV. S. 16. Dasselbe Tribunal gab der durch beide Eltern vollzogenen Verschreibung einer dos die Auslegung, daß der Mann, welcher gesetzlich zunächst und unbedingt zur Aussteuer verpflichtet sey, als Schuldner, die Frau aber als Bürgin anzusehen sey, l. c. I. S. 241. Ueber die verschiedenen Fälle der dos profectitia, s. Glück P. R. Bd. XXV. S. 43. bezüglich der l. 5. pr. §. 1. D. 25. 3.

S. 519. Fr. 6. Wenn auch aus den l. c. angeführten Gründen der von Tigerström l. c. aufgestellten Behauptung, daß die Tochter selbst zu-

Digitized by Google

nächst *dotem* zu präſtiren geſetzlich verbunden ſey, nicht beigeſtimmt wird, ſo iſt doch gewiß auch die von anderen Rechtsgelehrten aus l. 7. C. 5. 11. irrig abgeleitete Meinung, daß unter allen Umſtänden der Vater das Heirathsgut aus ſeinem eigenen Vermögen zu präſtiren ſchuldig ſey, zu verwerfen. Auch v. Vangerow l. c. behauptet die Verbindlichkeit des Vaters nur gegen die mittelloſe Tochter. Dieſe Einſchränkung, welche Glück im P. R. Bd. XXV. S. 64. gegen die von ihm angeführten Diſſentienten ausgeführt hat, iſt auch vom O. A. G. des Herzogth. Naſſau in einem Fall, da die Tochter einiges Vermögen hatte, ſtatuirt worden, ſ. v. d. Nahmer Sammlung. Bd. I. S. 62.

Wo die geſetzliche Dotationspflicht eintritt, iſt der Betrag ſowohl nach dem Vermögen des Verpflichteten, als nach dem Stande der Frau und des Mannes unter Anwendung des richterlichen Ermeſſens zu beſtimmen. Nach einem Erk. d. O. A. G. zu Kaſſel, ſ. Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. I. S. 16. kann die Ermittelung des Vermögens des Vaters durch Zuziehung von Sachverſtändigen geſchehen, welche mit deſſen Verhältniſſen bekannt ſind, wobei dann die Befugniß des Produkten zur Vorbringung von Einwendungen gegen deren Perſon und Gutachten ſich von ſelbſt verſteht. Die Forderung der Dotation iſt nach der allgemeinen Vorſchrift l. 19. D. 23. 2. an die Zeit vor Eingehung der Ehe nicht gebunden.

Ob dos promissa zu ihrer rechtlichen Wirkſamkeit die Acceptation erforderlich mache; wird von den Rechtsgelehrten verſchieden beurtheilt. S. 520. Fr. 12. Nach Einigen ſoll favor dotis ſich ſo weit erſtrecken, daß aus dem Verſprechen, auch wenn es nicht acceptirt ſeyn ſollte, dennoch auf Beſtellung der dos geklagt werden könne, ſ. Mackeldey Lehrb. d. h. r. R. §. 520. Puchta Pandekten §. 259. So auch Voet Comm. ad Pand. Lib. 50. tit. 12. §. 1., obgleich in Widerſpruch mit ſeiner eigenen früheren Lehre in Lib. 23. tit. 3. §. 8., wo er ganz übereinſtimmend mit l. 1. §. 13. C. 5. 13. entweder Stipulation oder pactum vorausſetzt. Dieſe ſeine erſtere Meinung, womit auch Lauterbach Coll. th. pr. Pand. lib. 23. tit. 3. §. 18. und v. d. Nahmer Entſcheidung d. O. A. Ger. in Naſſau. Bd. II. S. 113. übereinſtimmen, ſcheint allerdings die richtigere zu ſeyn, denn daraus, daß in l. 6. C. 5. 11. die Feierlichkeit der Stipulation nachgelaſſen iſt, folgt blos, daß ein nudum pactum hinreiche, eben dieſes aber, ſowie auch die Schenkung, welcher in l. 31. pr. C. 5. 12. die Zuſicherung eines Heirathsguts gleich geſtellt wird, iſt nicht ohne gegenſeitige Willenseinigung perfect. Die Anhänger der entgegengeſetzten Meinung ſuchen ihren ein-

Digitized by Google

zigen Grund darin, daß in l. 6. C. 5. 11. das Wort pollicitatio gebraucht ist: ad exactionem dotis — qualiacunque verba sufficere censemus, — etiam si stipulatio in *pollicitatione* rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Daraus schließen sie, daß ex speciali favore dotis die petitio dotis auch durch Pollicitation, — welche bekanntlich ohne Acceptation gültig und verbindlich ist, begründet werden könne. Allein das Wort pollicitatio ist hier gewiß, wie in mehreren Gesetzen nicht von der eigentlichen pollicitatio, sondern blos vom promissum gebraucht, s. z. B. l. 43. §. 1. D. 18. 1. — l. 19. §. 2. D. 21. 1. — l. 5. C. 8. 38. — Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur. Paul, V. 12. §. 9. Häufig bedeutet nuda pollicitatio so viel als nudum pactum l. 5. C. 8. 38. cf. l. 19. §. 2. D. 21. 1. Unterholzner Schuldverhältnisse. Bd. II. S. 495. not. a. v. d. Nahmer l. c. führt in dieser Beziehung auch l. 5. C. 8. 38. an: nuda pollicitatione ad praestanda ea, quae promiserat, urgeri quemquam non semper jura permittunt. Hiernächst geht aus dem Pandekten Tit. 50. 12. de pollicitationibus unzweifelhaft hervor, daß nur Gott und das gemeine Wesen es waren, welche aus einer ob certam causam geschehenen Verheißung Rechte erwarben. So gewiß demnach die Acceptation des Dotalversprechens nothwendig ist, so unbedenklich ist es auch, daß diese nicht blos von dem Promissar unmittelbar, sondern auch durch eine persona interposita oder durch Stellvertreter, dergleichen auch die Eltern oder Großeltern sind, geschehen könne; ex analogia l. 35. pr. D. 3. 3. — l. 12. C. 2. 13. — l. 48. D. 3. 5. Schweppe röm. Privatr. §. 592. v. d. Nahmer l. c.

Evictio dotis.

S. 522. Fr. 17. a) Die Frage: wie ist die Haftung des Vaters zu bestimmen, welcher seiner Tochter das Heirathsgut dadurch bestellte, daß er ihr eine Forderung cedirte? wird von den Rechtsgelehrten verschieden beantwortet. Glück im P. R. Bd. XX. S. 209. nahm an, wenn der Vater nach den Gesetzen zur Dotation verbunden war, so muß seine gesetzliche Verbindlichkeit eben so viel wirken, als eine promissio dotis, mithin Evictionsleistung; wenigstens könne er zur Redotation angehalten werden. Diese Meinung widerrief er aber im Bd. XXV. S. 90. wegen l. 71. D. 21. 2., wofür ihm v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 317. not. 2. Beifall schenkt. Dagegen sucht Schliemann Haftung des Cedenten S. 30. auszuführen, daß Glücks erste Meinung die richtige sey, und l. 71. cit ihr nicht entgegenstehe. Die l. 71. enthält nemlich folgenden Fall. Der Vater hatte das Grundstück gekauft, welches er der Tochter in dotem gab. Es wird evincirt. Nun wird gefragt:

Digitized by Google

kann der Vater jetzt schon seinen Autor der Eviction halber belangen, oder weil es zur Zeit an der rechtlichen Bedingung eines eigenen Interesse in seiner Person zu fehlen scheint, erst dann, wenn nach dem Tod seiner Tochter die dos an ihn zurückgelangen wird? Paulus findet gleichwohl sein Interesse schon jetzt begründet, und zwar ex paterna affectione. Wozu hätte es aber — sagt Glück zur Rechtfertigung seiner späteren Meinung — eines so weit hergeholten Grundes bedurft, wenn der Vater evictionspflichtig gegen seine Tochter gewesen wäre? Da wäre ja sein Interesse ganz nahe gelegen. Dagegen bemerkt Schliemann zur Beseitigung dieses Bedenkens: wenn Paulus den Satz, daß der Vater schon jetzt seinen Autor in Anspruch nehmen könne, allgemein begründen wollte, so mußte er ein für alle Fälle unzweifelhaftes Interesse auffinden. Dies konnte er aber in der eigenen Evictionsverbindlichkeit des Vaters nicht finden, weil diese in manchen Fällen cessiren konnte, z. B. wenn die Tochter genug eigenes Vermögen hatte, oder wenn er anderweit schon seiner Verbindlichkeit genugsam nachgekommen war. Das Affectionsinteresse des Vaters war aber für alle Fälle durchgreifend. Wenden wir uns von dieser gezwungen scheinenden Auslegung zur gewöhnlichen Doctrin zurück, so finden wir folgendes Ergebniß. Nach l. 1. C. 5. 12. u. l. 69. §. 7. D. 23. 3. haftet der Besteller der dos nur in den von uns bereits im Bd. I. S. 522. Fr. 17. bemerkten Fällen. — Demnach hatte die *datio dotis* an sich eine Verbindlichkeit für den Evictionsfall nicht im Gefolge, weder bei der dos necessaria, von welcher die l. 1. C. 5. 12, wie schon Ziermann l. c. S. 203. bemerkt, sogar ausdrücklich spricht,*) noch bei der dos voluntaria, sondern nur die *promissio dotis*, und zwar auch bei dieser, wie bei jener. Beim ersten Anblick scheint dies auffallend genug. Warum soll, wenn Zusage und Uebergabe in Eins zusammenfällt, eine geringere Verbindlichkeit vorhanden seyn, als wenn das Versprechen vorhergegangen ist? Niemals haben ja die Römer — sagt Thibaut l. c. S. 56. — eine Vertragsverbindlichkeit deswegen herabgesetzt, weil dem Vertrag gleich die Uebergabe hinzugefügt ward.

b) Dagegen wird die gewöhnliche Doctrin in der neueren Monographie von Tigerström d. röm. Dotalr. Bd. I. S. 83. folgendermaßen gerechtfertigt.

I. für die dos im eigentlichen Sinn (dos data) gilt als allgemeine Regel, daß der Geber nicht zur Entschädigung verpflichtet sey, wenn

*) Daher man sich wundern muß, in v. Vangerow's Pandekten Bd. I. S. 317. §. 217. no. 2. zu lesen: „wie es sich in Betreff der Evictionsleistung bei der dos necessaria verhalte, ist in den Gesetzen nirgends ausdrücklich entschieden."

Digitized by Google

das Object als res aliena vom dritten Eigenthümer dem Manne, welcher es bona fide empfing, abgestritten wurde. Der Mann hat keine Klage, womit er auf Evictionsleistung dringen kann, l. 1. C. 5. 12. Eben so mußte es sich verhalten, wenn zwar eine Schätzung vorgenommen, aber dennoch das Hingegebene seinem Objecte nach dos war, l. 69. §. 7. D. 23. 3. und zwar ohne Unterschied der Person des Gebers. Es fehlte hier die rechtliche Natur des Geschäfts, bei welcher die Römer jene Evictionsleistung nöthig erachteten. Denn es wurde nicht bei der dos, wie beim Kauf, Tausch und anderen Rechtsverhältnissen der Preis oder eine andere Sache von gleichem Werth für das übertragene Object hingegeben, die dos gereichte vielmehr blos zum Vortheil des Empfängers, d. h. des Mannes. Und bei Geschäften dieser Art war auch sonst die Evictionsleistung nicht zulässig. Ausnahmsweise fand Evictionsleistung statt: a) wenn der Mann die dos ausdrücklich durch simplen Vertrag oder Stipulation ausbedungen hat. Da mußte sie im ersteren Fall mit einer condictio, im letzteren mit einer actio ex stipulata geltend gemacht werden; b) wenn der Trabent wußte, daß die Sache eine fremde war, und sie dennoch als dos gab, er also dolo malo verfuhr.

II. Anders ist es bei der dos aestimata. Hier werden zwar auch, wie bei der so eben behandelten dos non aestimata Objecte dem Manne hingegeben, aber diese sollen dennoch nicht dos werden, sondern eine nach jenen abgeschätzte Geldsumme; denn diese ist es, welche bei Trennung der Ehe restituirt wird. Schon deswegen, weil die dos aestimata eine Ausnahme von der Regel bildet, muß sie, wo sie stattfinden soll, besonders verabredet seyn. Das Rechtsverhältniß selbst, welches bei dieser dos aestimata herbeigeführt wurde, ist nun folgendes. In Rücksicht der hingegebenen Objecte wird der Mann ganz als Käufer angesehen, l. 3. D. 19. 2., die hingegebenen Sachen sind das Object des Kaufes, das pretium die bis zur Restitution der dos creditirte Summe, welche gleich nach abgeschlossener aestimatio als dos angesehen werden muß. Hier wird der Mann in Folge des Kaufes sogleich Eigenthümer der übertragenen Sachen, l. 69. §. 8. D. 23. 3. — l. 5. C. 5. 12. — l. un. §. 15. C. 5. 13. Er trägt das periculum et commodum rei traditae als Käufer, und wird sie als res aliena vom dritten Eigenthümer abgefordert, so kann der Mann als Käufer Evictionsleistung fordern, l. 1. C. 5. 12. — l. 16. D. 23. 3. Auf die Eviction wird hier ex emto geklagt, l. 1. C. 5. 12. — l. 16. D. 23. 3. Von dem Manne heißt es da: emtoris loco est.

Digitized by Google

Unläugbares Verdienst hat sich der Verfasser dieser lichtvollen Erörterungen auch durch Verwerfung der in der Lehre von der dos von neueren Juristen für eine weitere Unterscheidung blos aus Mangel klarer Einsicht erfundener Kunstausdrücke einer dos aestimata venditionis und taxationis gratia erworben, wovon die erstere die Natur eines Kaufs involvire, die letztere aber von der Art seyn soll, daß zwar eine Schätzung vorgenommen worden, aber dennoch die Objecte selbst restituirt werden sollen. Als Eigenthümlichkeit der letzteren geben sie an, daß die aestimatio nur dann eintrete, wenn das Object verschlechtert oder vernichtet worden ist, wovon sich aber im römischen Recht durchaus keine Spur findet, denn nach der Schätzung können die verloren gegangenen oder verschlechterten Dotalgegenstände nur dann restituirt werden, wenn eine ausdrückliche Verabredung zu diesem Zwecke voranging. Durch Privatwillkühr — bemerkt der Verf. — kann manches Singuläre und Ungewöhnliche herbeigeführt werden, alle solche Fälle, wie sie auch im Einzelnen beschaffen sind, stehen gewissermaßen zwischen der wirklichen dos*) und der dos aestimata in der Mitte, wo aber die Sache selbst bei Trennung der Ehe zurückgegeben wird, fehlt die Analogie des Kaufs und der dos aestimata, l. c. §. 17. S. 147.

Querela non numeratae dotis.

Hat der Ehemann oder Bräutigam einen Empfangschein über die dos ausgestellt, aber keine empfangen, gleichviel, ob der Vater der Frau, oder die Frau selbst, oder ein Dritter die dos versprochen, und die Ehe dauert nur zwei Jahre oder eine kürzere Zeit, gleichviel ob sie durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird; so soll auch nach deren Auflösung dem Manne, oder, wenn er vor Erhebung der Querel gestorben ist, seinen Erben ein Jahr lang vom Augenblick der Aufhebung der Ehe an gerechnet, die Anstellung der Querel auf Rückgabe der Handschrift zustehen. — Hat ferner die Ehe länger als 2 Jahre und kürzer als 10 Jahre gedauert, so kann der Mann noch 3 Monate lang nach aufgelöster Ehe klagen, Nov. 100. Cap. I. pr. Cap. II. pr. und hat er in dieser Zeit die Klage erhoben, aber darauf gleich seinen Tod gefunden, so transmittirt er die erhobene Klage auf seine Erben, ib. cap. I. pr.**) Fehlen an den 10 Jahren nicht mehr volle S. 526. Fr. 5.

*) Vergl. l. un. §. 15. C. 5. 13. in fundo *non aestimato*, qui et dotalis *proprie* nuncupatur.

**) Daß im Falle die Verschreibung nach eingegangener Ehe ausgestellt ist, erst vom Moment ihrer Ausstellung die Verjährungsfrist gerechnet werde, behauptet Unterholzner in der Verjährungslehre Bd. II. S. 33. 34.

Digitized by Google

3 Monate, so kann auch die Klage nur binnen dieser kürzeren Zeit angestellt werden. Dies geht theils aus den Worten in Cap. I. §. 1. Si autem neque intra decennium queratur, theils aus den Worten in Cap. II. pr. Si vero transcurrerit decennium hervor, s. Buchholz juriſt. Abh. S. 173. — Hat endlich die Ehe 10 Jahre gedauert, oder der Mann hat überhaupt 10 Jahre seit Eingehung der Ehe verstreichen lassen, so steht weder dem Manne noch dessen Erben weiter ein Klagrecht zu, Nov. 100. Cap. I. §. 1.

Diese Regeln sollen gelten, wenn die Contrahenten der Ehe volljährig waren. Ueber Männer, die bei der Verheirathung noch minderjährig sind, enthält das Cap. II. der Novelle eigene singuläre Bestimmungen.

Mehr als die *querela* n. n. dot. scheint die *exc.* n. n. dotis in den Gesetzen begünstigt. Diese soll nemlich in allen Fällen nach l. 3. C. 5. 15. dem Aussteller des Empfangscheins oder dessen Erben nach Auflösung der Ehe ein Jahr lang zustehen. Nimmt man nun, wie v Buchholz l. c. S. 178. dafür hält, an, die l. 3. C. 5. 15. sey durch die Novelle nicht aufgehoben, so könnte in den Fällen, wo die Querel nach Nov. 100. dem Aussteller nicht ein volles Jahr zusteht, derselbe sich doch wenigstens durch die exceptio ein Jahr lang gegen die Klage der Frau oder deren Erben auf Herausgabe der dos schützen. Jedoch gesteht v. Buchholz l. c. selbst, daß die Ansichten der Glossatoren, des Cujac und der neueren Rechtsgelehrten seiner Meinung entgegen sind, indem sie die Novelle 100. nicht, wie Buchholz, lediglich von der Querel, sondern auch von der exceptio n. n. d. verstehen, indem, wenn gleich die dispositiven Worte der Nov. 100. nur von der Querel sprechen, diese auch von den byzantiniſchen Rechtsgelehrten angenommene Ausdehnung doch von der Consequenz gefordert wird, s. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. II. S. 419.

S. 526. Fr. 6. **Exceptio non numeratae dotis.**

Was hier über deren Dauer gesagt ist, darf um so mehr als die gemeine Meinung angenommen werden, nachdem auch Schweppe die im röm. Privatr. §. 688. der 1. Ausgabe nach dem Vorgang einiger Glossatoren angenommene Meinung, daß während der Ehe das Rechtsmittel an gar keine Zeit gebunden sey, in der 4. Ausgabe selbst abgeändert hat, s. v. Buchholz juriſt. Abth. S. 172. Glück P. R. Bd. XXV. §. 1293. S. 248.

S. 534. Fr. 7 a. Rücksichtlich der Ausnahmsfälle vom gesetzlichen Veräußerungsverbot der Dotalgrundstücke ist zu bemerken:

Digitized by Google

a) unzweifelhaft ist die Veräußerung gültig, wenn sie Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit war, wie bei der Veräußerung, welche durch das zweite Decret der in **bona missio damni infecti nomine** hervorgebracht wird, l. 1. pr. D. 23. 5., ob aber von einer faktischen Nothwendigkeit, z. B. wegen dringender Schulden der Frau, das Gleiche gelte? läßt sich zwar bezweifeln, doch stimmen die Praktiker bejahend, s. **Leyser Med. ad Pand. Vol. V. Sp. 311. Med. 13. 14.** Glück P. R. Bd. 25. S. 405.

b) daß die Veräußerung gültig sey, wenn sie der Frau zum offenbaren Nutzen gereicht, läßt sich zwar nicht aus l. ult. D. 23. 5., wohl aber aus l. 26. D. 23. 3. begründen, s. Glück l. c. S. 406.

c) wenn einige Praktiker einen Ausnahmsfall von dem in Rede stehenden Veräußerungsverbot alsdann annehmen, wenn die Veräußerung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist, s. Claproth theor. prakt. Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshand. §. 180. **Struvii Syntagma jur. civ. Ex. 30. th. 22.**, so ist dabei doch wohl vorausgesetzt, daß die vorangegangene **cognitio causae** zur Erkenntniß eines gesetzlichen Rechtsgrunds geführt hat.

Dotis repetitio. S. 539.

In dieser besonders von Francke im civilist. Archiv. Bd. XXVI. S. 401. auf das gründlichste erörterten Controverse ist die mildere Meinung des **Martinus**, welcher ungeachtet der gegründeten Einwendungen der Theoretiker doch fast allgemein in der Praxis vorherrschend blieb, neuerlich von dem O. A. G. in Darmstadt adoptirt worden. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 892. Bd. II. Fr. 20.

Bei Rückgabe der Dos in **rebus fungib. constans** ist der Werth, welchen jene zur Zeit der Ehetrennung hatten, zu erstatten, l. 42. D. 23. 3. Das Verhältniß ist, wie bei dem Darlehn l. 5. §. 1. l. 7. D. 7. 5. Ohne triftigen Grund weichen Glück IX. S. 422. Schweppe §. 288. ab. S. Duchesne in der Sächs. Zeitschr. IX. S. 489. S. 540. Fr. 21. zu a.

Die Theilung der Früchte des Heirathsgutes bei getrennter Ehe betr. S. 541. Fr. 22.

Eine neue Ansicht stellt Francke im civilist. Archiv Bd. XXX. S. 279. auf. Er verwirft die Unterscheidung zweier Fruchtperioden als unnöthig und dem Geiste des Gesetzes fremd, denn durchaus ist nach allen Aussprüchen der Quellen nur von den **fructus novissimi anni** oder den **fructus anni, quo divortium factum est**, die Rede, und darunter wird das Ehejahr verstanden, mithin vom Tag der dotirten Ehe an gerechnet, l. 6. D. 23. 3. So viel Monate des letzten Ehejahrs die Ehe gedauert hat, so viel Zwölftheile der Früchte oder auch

Digitized by Google

der dafür bezogenen Pachtgelder gebühren dem Ehemann. — Z. B. wenn die Ehe 4 Monate gedauert hat, und zwar ein Monat, während unmittelbaren Fruchtbezugs, und 3 Monate, während nachfolgender Verpachtung, so muß der Ertrag der Weinlese mit ¼ des Pachtgeldes zusammengerechnet werden, und aus dieser Gesammtsamme erhält der Ehemann ¼.

Die Berechnung nach Fruchtperioden gilt sowohl für Naturalfrüchte, als für die dafür bezogenen Pachtgelder; anders ist es bei Miethgeldern, welche von jenen darin unterschieden sind, daß sie zu jeder Zeit möglich sind, daher auch immer nach Miethperioden berechnet werden, während jene nur in bestimmten Perioden wiederkehrende Früchte sind. Würde man die Einen mit den Andern verwechseln, so entstünde ein ganz verkehrtes Resultat, z. B. der Ehemann hätte zur Zeit der Weinlese a. 1800. das Dotalgrundstück erhalten, hernach vom 1 November 1800. an verpachtet, und am 31. Januar 1801 sich scheiden lassen; würde man ihm nun die ganze Weinlese vom J. 1800, weil sie in der Periode seines Ehestands zur Perception kam und noch ¼ des Pachtzinses zueignen, so entstünde eine Ungerechtigkeit, und eben gegen diese spricht sich Ulpian in der l. 7. §. 1. D. 24. 3. aus.

S. 548. **Parapherna.** Da der Ehemann gesetzlicher Nutznießer und Verwalter des uxorischen Vermögens ist, so ist zu vermuthen, daß er die der Ehefrau während der Ehe unter des Mannes Beitritt bezahlten Gelder an sich genommen habe, und diese Vermuthung ist stark genug, um die Ehefrau zur eidlichen Bestärkung zuzulassen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Schwarze u. Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien. S. 82.

S. 549. Fr. 1. **Annullirung der Ehe.** Wenn solche wegen falscher Vorspiegelungen in Betreff des Vermögens begehrt wird, so müßten, in Betracht, daß das Vermögen des einen oder andern Theils an sich nicht ad substantialia matrimonii gehört, dieselben von der Beschaffenheit gewesen seyn, daß sich nachher befunden, der Ehemann sey nicht im Stande gewesen, die Ehefrau standesmäßig zu ernähren, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Schwarze u. Heyne Unters. S. 203. Damit stimmt überein im Erk. d. O. A. G. zu Lübeck, s. Souchay Anmerk. zur Frankfurter Reformation Bd. II. S. 556. Kori Erört. pr. Rechtsfr. Bd. III. Nr. XVI.

Ein protestantisches Ehegericht erkannte auf den von der Klägerin bewiesenen Klaggrund, daß der Beklagte vor Eingehung der Ehe mit der Klägerin, eine durch venerische Ansteckung entstandene Tripperkrank-

Digitized by Google

heit gehabt habe, die Ehe für nichtig, und gestattete beiden Theilen die anderweite Verehelichung, s. Schwarze u. Heyne l. c. S. 180.

Wegen der Verschiedenheit der katholischen und protestantischen Religionsgrundsätze findet jedoch letztere nicht immer statt. Das apostolische Vicariat in Dresden hat z. B. 1849. wie folgt erkannt, und das Cultusministerium, daß der katholische Pfarrer hienach verfuhr, gebilligt: „ist die Ehe der Protestantin A. mit dem Protestanten B. wegen unheilbarer Krankheit desselben, welche die Erzeugung kränklicher Kinder besorgen läßt, und die er ihr verschwiegen hatte, für nichtig erklärt, so ist sie nicht befugt, den Katholiken C. zu heirathen. Conc. Trid. Sess. 24. de matrim. can. 7. Zwar wird von Anfang ungültig Verehelichten die Ehe nach Annullation der früheren Verbindung vom katholischen Kirchenrechte verstattet; allein es sind hier die Gründe einer solchen Annullation ganz bestimmt vorgeschrieben, außer dem Mangel des Bewußtseyns auf Seiten des einen Contrahenten, der die freie Einwilligung ausschließt, gehört hieher blos körperliches Unvermögen, d. h. Unfähigkeit zur vollkommenen ehelichen Beiwohnung. Alle andere, Gefahr für die Gesundheit herbeiführenden, Krankheiten begründen blos Trennung von Tisch und Bett, c. 1. 2. X. 4 8. — c. 8. 13. X. 2. 13. c. 22. causa 32. qu. 5. Ein Irrthum der A. darüber würde blos error accidentalis gewesen seyn, der nach causa 29. qu. 1. Ungültigkeit ihrer Ehe nicht bewirkte," s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 9. Abweichend sind frühere Entscheidungen bei Schwarze u. Heyne. l. c. S. 180. Seuffert Archiv I. S. 241.

Der Versuch des Ehebruchs genügt nicht zur Ehescheidung, s. Schmidt hinterl. Abh. pr. Rechtsmaterien II. S. 283. S. 555. Fr. 4.

Die Einrede der Compensation hatte einer auf Ehebruch seiner Frau gegründeten Scheidungsklage des selbst eines Ehebruchs geständigen Ehemanns nach c. 7. de adult. 5. 16. die Abweisung zugezogen. Ein neuer Ehebruch seiner Gattin veranlaßte ihn zu einer neuen Ehescheidungsklage gegen dieselbe. Hier konnte die früher stattgefundene Compensation, oder die Annahme, daß beide Ehebrüche nicht mehr für wirklich begangen anzusehen seyen, nicht noch einmal Platz greifen. Man würde sonst mit dem Begriff von Compensation excediren, und den von Seite eines Ehegatten einmal verübten Ehebruch zu einem Freibrief für den anderen Ehegatten stempeln, welcher diesen für alle Zeiten, so lange die Ehe besteht, berechtigte, die eheliche Treue zu verletzen, s. Erk. d. O. A. G. zu Dresden, im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1848. Nr. 41. S. 556. Fr. 6. u. 8.

Digitized by Google

S. 557. Fr. 14. Zur Erkennung der Edictalvorladung gegen den der böslichen Verlassung angeklagten Ehemann wird eine halbjährige Abwesenheit, verbunden mit dem Mangel an Nachrichten für hinlänglich erachtet, s. Hagemann pr. Erört Bd. VI. S. 179.

S. 558. Fr. 18. lit. c. Wenn eine Ehescheidungsklage auf Verbrechen des andern Gatten gestützt wird — soll es nach einem Erk. des O. A. Ger. Dresden, — darauf ankommen:

a) ob die Denkweise des Gatten, deren Aenderung so wenig als die seines Handelns erwartet werden kann, bei fortgesetzter Familienverbindung auf die Kinder verderblich wirken muß;

b) ob vernünftig die Ehezwecke sämmtlich noch für den klagenden Gatten erreichbar bleiben, oder ob habituelle Liederlichkeit des Andern die Gefahr droht, daß insonderheit bei dem Manne, Mangel der physischen Sustentation der Frau und Uebertragung des Mißcredits, worin er steht, auf die übrigen Familienglieder zu besorgen ist, s. Wochenbl f. Rechtsf. 1852. S. 309.

Nach einem Erk. d. O. A. G. in Jena kommt es dabei, wie wir schon in not. *) bemerkt haben, außer dem Fall einer entehrenden Strafe, durch welche das gegenseitige Vertrauen der Ehegatten, und somit der Zweck der Ehe, die Gemeinschaft des irdischen und geistigen Lebens aufgehoben wird, mehr auf den Charakter des dolosen Verbrechens, als auf die Dauer der Strafe an, s. Emminghaus Pand. S. 270. no. 51. u. 53.

S. 558. Fr. 19. Ueber Scheidung wegen Hasses und Drohungen äußerte sich das O. A. Ger. Dresden 1850, wie nachsteht:

a) Die Analogie ist aus der Lehre von der Scheidung wegen Lebensnachstellungen zu entnehmen. Folglich gehören hieher zahlreiche, specielle Thatsachen von solcher Beschaffenheit, daß die Gefährdung der Gesundheit des klagenden Theils, durch Aerger und Kränkung bereitendes Verhalten, nach dessen individuellen Körper- oder Gemüthszuständen begründet, vernünftig anzunehmen.

b) In der Regel werden blos solche Drohungen mit Lebensgefahr, welche in räumlicher Nähe des Bedrohten ausgestoßen wurden, genügen. Indeß kann ausnahmsweise auch auf andere Rücksicht genommen werden, falls nur der Charakter und die Vorgänge in früherer Zeit den Drohenden verdächtig machen.

Ein Bestärkungseid des klagenden Theils über seine ernstliche Besorgniß kann passend erscheinen, s. Zeitschr. f. Rechtspfl. IX. S. 285.

Digitized by Google

Wenn der Ehegatte, nachdem er zur Fortsetzung der Ehe schuldig erkannt war, die ihm zum Zweck des Urtheils-Vollzuges auferlegten Geldstrafen bezahlt, und darauf auch eine vierwöchentliche Gefängnißstrafe verbüßt hatte, und die Ehegattin nun auf Ehetrennung antrug, im Verhandlungstermin erklärt, er wolle seine Ehefrau wieder aufnehmen und die Ehe fortsetzen, kann diese nun sich weigern, dem Anerbieten zu entsprechen, und zu ihrem Manne zurückzukehren, oder ist sie vielmehr berechtigt, Ehescheidung zu verlangen, nachdem sie durch das vollständig und fruchtlos abgesetzte Zwangsverfahren ein Recht erlangt habe, welches durch die Bereitwilligkeit des Ehemannes, sie wieder bei sich aufzunehmen, nicht beeinträchtiget werden könne? Das O. A. G. zu Dresden hat dem Ehescheidungsbegehren der Frau statt gegeben, s. Wochenbl. f. Rfälle 1849. Nr. 52. S. 412.

Was Trennung der Ehe wegen ansteckender Krankheiten betrifft, so befolgt das O. A. G. in Dresden die Regeln, daß 1) dergleichen, wenn der eine Theil ohne Wissen des andern vor der Ehe damit behaftet war, Nichtigkeit zu Gunsten des letztern wirkt; 2) dasselbe aber bezüglich solcher Krankheiten jener Art, womit der Gatte während der Ehe befallen wird, nur von der unheilbaren Lustseuche gilt, Kori Erört. Th. III. Nr. 17. S. 137 ꝛc. S. 559. Fr. 20.

Daß Wahnsinn, Verstandeszerrüttung, Melancholie, wenn die völlige Unheilbarkeit außer Zweifel gesetzt ist, als Scheidungsgrund gelten, urtheilte derselbe Gerichtshof i. J. 1845 (s. Emminghaus Pand. S. 268. Nr. 45.) und eben so Ao. 1849., s. Ackermann Rechtssätze N. F. I. S. 314. Wochenbl. f. R. F. 1852. S. 359. übereinstimmend mit J. H. Boehmer Dec. III. I. 96. Brückner Dec. c. 23. Leyser Sp. 315. M. 2. in Erwägung, daß durch solche Zustände selbst die eheliche Beihülfe für immer aufgehoben wird, und demnach, um sie als Scheidungsgrund, wenn sie während der Ehe entstanden sind, anzusehen, nicht erst noch erfordert werden könne, daß aus der Fortsetzung der Ehe für den andern Theil Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit entstehe,*) vgl. Weber Kirchenr. II. 3. S. 1274. Ex dispensatione Principis erachtet die Scheidung u. A. für zulässig, Glück im P. R. XXVI. S. 464.

*) Durch die Scheidung wird übrigens die Verbindlichkeit des Ehegatten, dem durch eine solche Krankheit zur Leistung der ehelichen Pflichten unfähig gewordenen Ehegatten auf eine seinem Zustand angemessene Art zu versorgen, nicht aufgehoben; non tamen subsidii opem subtrahat (vir) ab illa, quam infirmitas praepedit, non detestabiles culpa excludit, c. 18. C. 32. qu. 7.

Digitized by Google

Entgegengesetzt wurde in einem von dem O. A. Ger. Jena bestätigten Urtheil der Heidelberger Facultät v. J. 1828. über eine gleichfalls unter Protestanten erhobene Scheidungsklage entschieden, s. Martin Jahrb. Bd. II. S. 103., dessen wesentliche Gründe dahin lauten: Sieht man auf das canonische Recht, so spricht c. 18. C. 32. qu. 7. mit bestimmten Worten bei jeder nach eingegangener Ehe auf einen Ehetheil fallenden infirmitas, worunter also auch der Wahnsinn gehört, sobald sie die Vollziehung des Beischlafs hindert, aus, daß die Scheidung zulässig, ja rathsam sey. Allein c. 25. 26. ib. widersprechen. Sämmtliche canones rühren aber aus einer Zeit her, in der das spätere dogma, daß die Ehescheidung gar nicht statt finde, noch nicht festgestellt war. Die Analogie aus den späteren Decretalen c. 1. 2. X. IV. 8. — c. 25. X. II. 24. — c. 14. X. III. 32. kann nichts entscheiden, indem im protestantischen Eherecht die veränderte Ansicht der Protestanten, welche wirkliche Scheidung zulassen, alle solche Entscheidungen, die auf dem katholischen Lehrsatz beruhen, natürlich kraftlos macht. Ein fester Gerichtsbrauch hat sich nicht gebildet. Betrachtet man aber die Quellen, aus denen bei den Protestanten die Entscheidungen in Ehesachen geschöpft werden müssen, so zeigt sich, daß das frühere römische Recht, auf das hiebei zurückzugehen ist, zwar l. 22. §. 7. D. 24. 3. den Wahnsinn für einen Scheidungsgrund erklärt; dagegen aber Justinian Nov. 117. c. 8. 9. 12. alle einzelnen Scheidungsgründe angab, und zugleich bestimmt die Zulassung eines andern untersagte, so daß hienach die Frage verneint werden muß. Eben so enthält das neue Testament, das bekanntlich in der Regel als Entscheidungsquelle in der Lehre von der Scheidung angesehen wird, außer dem Ehebruch und der böslichen Verlassung keine Gründe. Sie sind zwar in der Praxis ausgedehnt, allein aus der Vergleichung der römischen Principien mit jenen Bestimmungen des Evangeliums und des Apostels Paulus ergiebt sich, daß stets die Scheidung nur durch Verschuldung eines der Gatten herbeigeführt werden dürfe, indem alle sonst noch zugelassene Ursachen, als hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, unnatürliche Unzucht, Lebensnachstellungen und tödtliche Feindschaft, eine culpa oder einen dolus des einen (im letzten Fall sogar beider) Ehegatten voraussetzen, welcher Grundsatz durch die Analogie der beiden Scheidungsgründe des neuen Testaments unbedingt nothwendig wird.

S. 559. Fr. 22. Wiederholte kränkende und beleidigende Reden der Schwiegereltern, bei denen die Eheleute seither wohnten, können für die Frau die Folge haben, daß sie mit einem Zwange zur Rückkehr in das Haus der er-

Digitized by Google

stern verschont, und vielmehr Trennung vom Tisch so lange ausgesprochen wird, bis der Ehemann eine von der seiner Eltern abgesonderte Wohnung sich verschafft, s. Erk. d. Facultät Jena in Emminghaus Pand. S. 265. no. 36.

Die Frage: ob der geschiedenen Ehegattin als unschuldigem Theil die Fortführung des Namens ihres Ehemanns ungeachtet des Widerspruches des Letztern zu gestatten sey, wurde vom O. A. G. in München bejahend entschieden. Es wurde im Mangel eines Gesetzes und eines Gewohnheitsrechts, in Erwägung, daß die Annahme der Familiennamen der Männer von Seite der Frauen nicht kirchlicher Natur, sondern lediglich eine Folge der politisch bürgerlichen Einrichtungen der neueren Staaten sey, die Analogie der protestantischen Ehetrennungen, welche für den schuldigen Theil allein den Verlust des Rechts, den Namen des Mannes fortzuführen, zur Folge haben, und die Natur der Sache zum Grund gelegt. Indem nemlich die Annahme des Namens des Mannes wohl nur darin ihren Grund habe, daß eine Jungfrau diesen als Ersatz für den Austritt aus dem bisherigen Familienstand erhalten, und daß hiedurch öffentlich anerkannt werden sollte, sie habe auf rechtliche Weise ihren jungfräulichen Stand aufgegeben, darf der unschuldig geschiedenen Gattin dieses äußere Criterium nicht entzogen werden. Der Einwand, eine jüdische geschiedene Ehefrau kehre nach dem 3. Buch Moses Cap. 22. V. 12. 13. in die elterliche Familie zurück, wurde für unbegründet erachtet, weil hier nur von einem freiwilligen Zurücktreten der geschiedenen kinderlosen Frau in die elterliche Familie die Rede sey, s. Arends Samml. interessanter Erkenntnisse Bd. II. S. 426. S. 560. Fr. 23b.

Wenn in Seuffert und Glücks Blättern für Rechtsanwendung Bd. VII. S. 61. nicht ohne Grund gesagt ist, daß in der Materie des jüdischen Ehescheidungsrechts in der Doctrin und Praxis ein fast undurchdringliches Dunkel obwalte, so läßt sich annehmen, daß dem Geschäftsmann folgende essentielle Uebersicht nicht unwillkommen seyn werde. S. 560. Fr. 25.

Für das jüdische Eherecht liegt die einzige ächte Quelle im 5. Buch Mose, Cap. 24. V. 1—4. und ihr absolute Autorität zuzuschreiben, dürften wir uns besonders durch die Betrachtung berechtiget halten, daß es als göttliches Gesetz gilt. Die Israeliten hatten ja nur Ein Gesetz, das Gesetz Gottes, welches ihnen von Mose überliefert war, in welchem Sittengesetz, Rechtsgesetz und Polizeigesetzgebung vereinigt lag.

Digitized by Google

Moses erkennt die Ehescheidung als etwas unbezweifelt Erlaubtes, und bindet sie blos an gewisse äußere Formvorschriften, nirgends aber an materielle Bedingungen. Er sagt im V. 1.: „wenn jemand ein Weib nimmt, und ehelichet sie, und sie nicht Gnade findet vor seinen Augen um etwa einer Unlust willen,*) so soll er einen Scheidebrief schreiben, und ihr in die Hand geben, und sie aus seinem Hause lassen." In den folgenden V. 2 — 4. beschränkt er die Freiheit des geschiedenen Mannes dahin, daß er die von ihm geschiedene Frau nicht wieder ehelichen darf. Durch die erste Vorschrift wollte er jeder Ungewißheit vorbeugen, welche hinterher darüber entstehen konnte, ob die Ehetrennung wirklich und bleibend beabsichtet gewesen sei, und ob also das Weib der ehelichen Pflichten wirklich entlediget sei. Er band daher das Faktische an ein äußeres constantes Willenszeichen.

Der Hauptzweck der im V. 2 — 4. festgesetzten Beschränkung war vielleicht dahin gerichtet, dem unter uncivilisirten Völkern häufig vorgekommenen Brauch des Frauentausches durch das Verbot entgegen zu treten, daß die geschiedene Frau, welche in anderweite Ehe getreten, nach der Scheidung vom zweiten Manne oder auch nach dessen Tod nicht wieder vom ersten Manne geehlicht werden durfte.**)

Daß es also nach Mosaischem Rechte weder eines speciellen Rechtsgrundes und dessen Beweises, noch eines contentiösen Verfahrens, noch eines Rechtserkenntnisses bedürfen konnte, liegt klar vor Augen. Ganz übereinstimmend damit ist Maleachi Cap. 2. V. 16., s. Michaelis Mosaisches Recht Thl. II. S. 326. §. 19. In den Worten: „wenn sie (die Frau) nicht Gnade findet vor seinen Augen, um etwa einer Unlust willen," ist offenbar nur das innere Motiv des Mannes, aber kein Rechtsgrund, keine Thatsache, welche erst ein Recht zu erzeugen vermöchte, verstanden. Ein an sich auflösliches Band bedurfte keiner Bedingung der Auflösbarkeit. Dies bestätigt sich durch eine Vergleichung des V. 1. mit V. 3. Cap. 24. cit. Dort heißt es: „wenn sie nicht Gnade findet vor seinen Augen," hier: „wenn er ihr gram wird." Auch die Auffassung Christi ist dieselbe, wie man aus Evang. Matthäi Cap. 19. V. 8. u. Evang. Marci V. 2 — 5. sieht.

---

*) So nach der Lutherischen Bibelübersetzung.

**) Nach dem von Mahomet zum Theil in geschriebenes Recht verwandelten Arabischen Herkommen durfte der Mann sich zweimal, aber nicht öfter scheiden, die geschiedene Frau durfte er aber nur dann wieder nehmen, wenn sie darauf einen anderen geheirathet hat, und von diesem wieder geschieden worden ist, s. Michaelis Mosaisches Recht. Thl. II. S. 327 ꝛc.

Digitized by Google

In der Vorschrift Mosis liegt augenscheinlich nichts, was die Ehescheidung beschränken, sondern was sie kennzeichnen und als eine vollendete Thatsache hinstellen sollte. In so ferne umgab Moses die Ehescheidung mit Bedingung und Form, wie sie geeignet ist, als unzweifelhafter Ausdruck der Scheidungsabsicht erkannt zu werden, und das Weib zu anderweiter Verehelichung zu berechtigen. Zu dem inneren Criterium der Scheidung, Trennung der Gemüther, mußte ein äußeres Criterium durch Ertheilung des Scheidebriefs und Entfernung der Frau von dem Hause sich gesellen.

Allein, wie in einem Erkenntnisse des K. Bayer. Appellationsgerichtes von Mittelfranken, s. Seuffert u. Glück l. c. ganz richtig bemerkt ist, nicht das reine Mosaische Recht, wie es in den treffenden Stellen der 5 Bücher Mosis entwickelt ist, sondern das s. g. Talmudrecht, wie sich solches nach der Auslegung und den Satzungen der Schriftgelehrten und Rabbiner, dann nach Gebrauch und Herkommen gebildet hat, kommt h. z T. zur Anwendung. Die Schule des Lebens hatte die Nothwendigkeit gelehrt, die Befugniß der Ehescheidung zu beschränken. Zu dem Ende kehrten die Talmudisten das, was von Mose blos als innerer Bestandtheil des Scheidungsbegriffes angezeigt war, zu einer rechtlichen Bedingung der Ehescheidung um.

Da sie damit die Gränzen bloßer Interpretation überschritten, so war eine Zersplitterung in dreierlei verschiedenen Meinungen darüber, was eigentliche Bedingung sey, die natürliche Folge hievon.

Indem das, was Moses blos als Entstehungsursache des ehemännlichen Widerwillens bezeichnet hatte (Ervath dabar nach dem Hebräischen Urtext, oder pro aliqua foeditate nach der Vulgata), nun als Rechtsgrund der Scheidung gelten sollte, kam alles auf den Sinn dieser zwei Worte an, deren mehrfache Auslegungen aber alle eine Unbestimmtheit an sich tragen.

Die Schule Schammai versteht darunter eine Verletzung der Schamhaftigkeit, und indem sie dem Ausdrucke Ervath dabar gleiche Bedeutung mit Dabar ervah Sache der Schamhaftigkeit beilegt, versteht sie unter Ervath dabar das Schaamverletzende einer Sache.

Die Schule Hillel erfordert zwar ebenfalls einen Mangel im Verhalten der Gattin als Grund zur Scheidung, ihr genügt aber jeder physische und moralische Fehler, wodurch der Widerwille des Gatten gerechtfertiget erscheint.

In zwei anderen biblischen Stellen findet man nemlich die Worte Ervath dabar bald etwas Unsittliches, bald Mangel und Schwäche bezeichnend. Ersteres im 5. Buch Mose, Cap. 23. V. 12 — 14., wo

Digitized by Google

Moses den Juden Reinlichhaltung des Lagers befiehlt, daß kein Ervath dabar (aliqua foeditas) darin gesehen werde. Das zweite im 1. Buch Mose, Cap. 42. V. 12., wo Joseph gegen seine Brüder den Verdacht, als kämen sie als Spione, mit den Worten ausdrückt: Ihr seyd gekommen zu sehen, wo das Land offen (Ervath) ist, — wo die Blöße oder die schwache, dem Angriff am meisten offen stehende Seite des Landes ist.

Rabbi Akiba geht am weitesten, und findet die Berechtigung des Mannes zur Scheidung schon damit begründet, daß er an seiner Ehefrau kein Wohlgefallen hat, weil er eine andere schönere findet.

Die Auffassung der Schule Schammai wird durch Sprachforschung älterer und neuerer Gelehrten nicht gerechtfertiget, sondern vielmehr die der Schule Hillel.

Moses Mendelssohn übersetzt: „indem er etwas Schändliches an ihr wahrgenommen," wozu dessen hebräischer Commentar sagt: „Er„vath dabar, etwas Verächtliches und Verwerfliches; nach der rich„tigen Auslegung bezieht sich das nicht auf Verbrechen der Unzucht „allein, sondern auf alles Verächtliche am Weibe, was es um die „Gunst des Mannes zu bringen geeigenschaftet ist."

Gesenius im hebräischen Wörterbuch übersetzt Ervath dabar als „etwas Unanständiges in Beziehung auf irgend einen Makel, den jemand an einem Weibe findet."

J. Salvador in seinen Mosaischen Institutionen: „wegen eines schimpflichen Umstandes." Dr. Salomon in seiner Bibel für Israeliten übersetzt: „weil er eine Blöße an ihr entdeckt."

Die Lehre der Schule Hillels ist bei den Israeliten zu einer rechtsgültigen Observanz erhoben, und heißt es im Tur Eben Haeser Cap. 119. „Die rechtsgültige Observanz ist die Lehre Hillels, daß der „Gatte sich von seiner Frau scheiden darf, wenn sie gegen ihn pflicht„widrig gehandelt hat." Nur wird daran die schon in der Gemara (Gittin 90^b) vorkommende Beschränkung geknüpft, daß der Gatte nicht voreilig handeln möge, mit der Scheidung von einer erstehelichen Frau, indem eine solche nicht durch Schaamhaftigkeitsverletzung motivirte Scheidung zwar nicht durch äußeren Zwang als ungültig erklärt werden darf, aber doch als Gott mißfällig unterbleiben soll.

Nicht Talmudisch aber Rabbinisch, auch nicht ohne biblischen Anhaltspunkt, s. 2. B. Mose Kap. 21. V. 10 u. 11. Michaelis Mosaisches Recht Th. II. S. 354. §. 120. und zur wirklichen Praxis erhoben ist die spätere Bestimmung, daß ein Zwang der Ehefrau zur Scheidung nicht absolut stattfindet, vielmehr mit dem Bann des

Digitized by Google

Rabbi Gerson belegt ist, ausgenommen in den im Eben Haeser (oder von den Ehegesetzen) Kap. 119. umständlich auseinander gesetzten besonderen Fällen, welche im 17. Abschn. §. 1—4. der Ritualgesetze der Juden, entworfen von dem Verf. der philosophischen Schriften (Moses Mendelssohn Berlin 1778); wesentlich enthalten sind.

Isidor Kaim in Weiske's Rechtslex. Bd. V. S. 839. sagt ohne besondere Quellen anzuführen: nach späterem jüdischen Rechte bilden Unfruchtbarkeit nach 10 Jahren der Ehe, körperliche, während der Ehe entstandene oder geoffenbarte Gebrechen, wenn solche auch dem Zwecke der Ehe nicht hinderlich sind, und schlechte Sitten die Gründe zur Scheidung. Irrig wurde in einem in Seuffert und Glücks Blättern für Rechtsanw. Bd. XIV. S. 237. angeführten Erkenntnisse angenommen, daß auch beim Vorhandenseyn eines gültigen Ehescheidungsgrundes dessen Geltendmachung immer davon abhänge, daß der Mann seine Frau zuvor verwarnt habe. Die nöthige Verwarnung von Seite des Mannes, wovon im Eben Haeser Abschn. 115. §. 4. die Rede ist, bezieht sich blos auf das Recht des Mannes, seiner Frau die stipulirte Morgengabe „Katuba" vorzuenthalten, nur diese Vorenthaltung setzt vorhergegangene Verwarnung voraus, aber als Vorbedingung zur Scheidung ist sie durchaus nicht erforderlich und nirgends vorgeschrieben. In allen Staaten, wo die Ehescheidung nach Mosaischem Rechte zu beurtheilen ist, wird vor Fällung des Erkenntnisses ein Rabbinisches Gutachten einzuholen seyn. Dieses Verfahren, welches man in einem Urtheil des Nassauischen O. A. Ger. (s. dessen Rechtssprüche Bd. II. S. 77.) beobachtet findet, dürfte dem des K. B. App. Gerichts s. Seuffert und Glück l. c., welches dem Kläger den Beweis des Rechts auflegt, vorzuziehen seyn.

Die Frage: ob das von einer jüdischen Ehegattin bei Veranlassung eines über ihre Ehescheidung vor Gericht mit ihrem Ehemann geschlossenen Vergleichs gemachte Versprechen, den Scheidungsbrief von ihm annehmen zu wollen, eine civilrechtliche Klage auf Erfüllung begründe, wurde von dem O. A. Ger. in Bayern verneinend entschieden, s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 400.

Es unterliegt übrigens in Praxi keinem Zweifel, daß die jüdische Ehefrau, wenn sie gleich ihrem Mann keinen Scheidebrief geben kann, doch gegen ihn auf Ertheilung des Scheidebriefs klagen könne. Beck de jure Judaeor. Cap. VII. §. 18. Gründler Polemik d. germanischen Rechts Bd. I. S. 191. §. 139. Böhmers Rechtsfälle Th. I. no. 23.

Ob die jüdische Ehe durch den Uebergang eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion von selbst als aufgelöst

Digitized by Google

zu betrachten sey, oder, wo nicht, ob Separation oder Scheidung einzutreten habe, darüber sind sowohl die neueren Gesetzgebungen als die gemeinrechtlichen Autoritäten getheilt. Das Oesterreichische Gesetzbuch §. 136. statuirt: „durch den Uebertritt eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion wird die Ehe nicht aufgelöset." Das Preußische Landr. Th. II. Tit. I. §. 715. nimmt an: „In so weit als der Unterschied der Religion von Anfang an ein Ehehinderniß ist (was nach §. 36. das. bei den Ehen zwischen jüdischen und christlichen Glaubensgenossen der Fall wäre) in so ferne giebt ein Ehegatte durch Veränderung seiner bisherigen Religion dem Andern rechtmäßigen Anlaß, auf die Scheidung zu klagen." Nach den Satzungen des Kirchenrechts läßt sich, ungeachtet mancher Differenz der Schriftsteller, vgl. Schott Eherecht §. 217. Beck de jure Judaeor. Cap. VII. §. 29. Gründler Polemik d. germ. Rechts §. 137. mit Bestimmtheit behaupten, daß der Uebertritt des einen Ehegatten zur christlichen Religion eine Nichtigkeit der Ehe nicht zur Folge habe; s. Korinther I. Kap. 7. V. 12—14. — c. 7. und 8. X de divort. (4. 19.) aber eben so wenig stellt irgend ein Gesetz denselben als einen Scheidungsgrund auf, s. Boehmer J. E. Pr. T. III. Lib. III. tit. 33. §. 65. v. Hartitzsch Eherecht §. 57. S. 60. Daraus folgt ohne Zweifel, daß noch ein anderer Scheidungsgrund hinzukommen müsse, s. Gründler l. c. §. 138. Gebr. Overbeck Meditationen Bd. IV. M. 236. z. B. verweigerte Cohabitation, böswillige Veranlassung u. dgl. insbesondere nach Preußischem Landr. ein in der Veränderung der Confession seinen Grund habender unüberwindlicher Widerwille, s. Bielitz Comment. z. Landr. Bd. V. S. 260. §. 715., denn es ist wohl nicht zu läugnen, daß diesfalls eine Gemüths-Entfernung zu fürchten ist, welche mit dem Zweck der Ehe sich nicht verträgt, so wie daß die Verschiedenheit zwischen der jüdischen und christlichen Religion auf die wechselseitigen Rechte und Pflichten einen so wesentlichen Einfluß hat, daß wegen des bei den Juden erwachsenden Anstoßes an Speisen und Getränken und im täglichen Umgang die ganze Absicht des mutui adjutorii erschwert und gehindert wird, endlich indem die Ehe unter den Juden nach Inhalt der Copulationsformel ausdrücklich nach dem Gesetz Mosis und Israel geschlossen wird, durch die Religionsveränderung die Ehe in ihrem wesentlichen Bestand alterirt werde. Aus diesen Gründen entscheidet G. L. Böhmer in d. Rechtsfällen Th. I. no. 23. für die Statthaftigkeit der Scheidung, mit Beziehung auf c. 10. c. 28. qu. 1. — c. 7. X. de divort. Die Praxis rechnet hieher auch wenigstens zur Begründung

Digitized by Google

der Separation eine Gefahr der Verführung zum Unglauben, s. Eichhorn Grdsf. d. Kirchenr. Bd. II. S. 477. u. 78.

Auf die Güterverhältnisse — lehrt Weiß im Archiv d. Kirchenr. Bd. III. S. 28. — kann der Uebertritt eines Ehegatten zu einer anderen Religion niemals Einfluß haben. Wenn Beck de jur. Jud. Cap. X. §. 29. die Weigerung der Frau, mit ihrem zum Christenthum übergangenen Ehemann die Ehe fortzusetzen, als eine böswillige Verlassung betrachtet, so steht dem nach Boehmer l. c. entgegen, daß in so ferne dieselbe durch ihr Scheidungsbegehren sich eines erlaubten Rechts bedient, sie allerdings auch ihr Eingebrachtes zurückfordern können. Lucra nuptialia könnte sie jedoch nur bei einer bis an den Tod gedauerten Ehe verlangen, die vor der Ehe sich gegenseitig gemachten Geschenke verbleiben einen jeden Theil. Ob die in der Ehe erzeugten Kinder dem Einen oder Andern zu überlassen sind, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen, s. Böhmer l. c.

Die verschwenderische Lebensart der Frau zieht zwar nicht nach röm. Recht, wohl aber nach ehemaligen Reichsgesetzen den Verlust der Dotalprivilegien nach sich, s. v. Senkenberg Samml. d. Reichsabschiede Th. IV. S. 79. Hagemann pr. Erört. Bd. VII. S. 292. S. 564. Fr. 34.

Ob die poenae secundarum nuptiarum der l. 3. C. de sec. nupt., daß nämlich conjux hinubus an demjenigen Vermögen, welches ihm vom ersten Ehegatten aus Liberalität zugewendet worden ist, c. 3. pr. c. 5. C. 5. 9. Nov. 22. c. 23. nur den Nießbrauch behält, das Eigenthum aber an die erstehelichen Kinder verliert, auch auf Erbverträge und wechselseitige Testamente der Ehegatten anwendbar sey, wird zwar bezweifelt, weil bei gegenseitigen Leistungen keine pure Liberalität oder Largität angenommen werden könne. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 187. Boehmer de poenis sec. nupt. genuinis et spuriis §. 9. allein rücksichtlich der erstehelichen Kinder, um deren Rechte es sich allein handelt, ist dies völlig gleichgültig. Diese würden offenbar aus ihrer Ascendenten Mitteln etwas dem hinubo oder dessen zweitehelichen Kindern hingeben müssen, ohne ein Aequivalent zu erhalten, v. Bülow und Hagemann pr. Erört. Bd. V. S. 47. S. 567. §. 8.

Die Streitfrage: ob der in der Nov. 22. c. 47. der Mutter angedrohte Rechtsnachtheil einer zweiten Ehe: daß sie, wenn sie nun zugleich mit dessen Geschwistern ein Kind ab intestato beerbt, an ihrer Erbportion, soweit das ererbte Vermögen vom Vater des Kindes herrührt, nur den Nießbrauch erhalten, die Proprietät aber den miterbenden Kindern zufallen solle, auch auf den pater hinubus auszudehnen S. 568. Fr. 1.

Digitized by Google

sey, ist zwar von vielen älteren Rechtsgelehrten bejahend beantwortet worden, welchen später auch Thibaut im System d. P. K. §. 681. der 9. Aufl. beigetreten ist, und wofür von Glück P. K. Bd. XXIV. S. 138. die Praxis behauptet wird. — Die Gründe für diese Meinung, welche neuerlich wieder Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 198. zu vertheidigen gesucht hat, bestehen darin, daß nicht nur K. Theodos. in der l. 2. C. 5. 9., sondern häufig auch Justinian s. Nov. 2. c. 2. §. 1. Nov. 22. c. 23. die Gleichstellung des Vaters und der Mutter hinsichtlich der poenae sec. nupt. ausgesprochen habe, und daß bei beiden par ratio obwalte. Beide Gründe scheinen aber so vollständig von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 363. widerlegt, daß auch v. Wangerow in s. Pand. Bd. I. S. 345. beizustimmen sich bewogen fand. Denn

1) die Nov. 118., welche zuerst dem Vater das Intestaterbrecht gegen seine Kinder verlieh, giebt ihm dasselbe ganz unbeschränkt, und legt blos der mater binuba diesen Nachtheil der zweiten Ehe auf.

2) Eben so wenig hat irgend ein anderes Gesetz diese Verordnung auf den Vater ausgedehnt, s. v. Löhr im civil. Arch. Bd. XVI. S. 47. §. 4.

3) Es ist offenbar falsch, wenn man behauptet, Justinian habe es irgendwo als allgemeines Princip ausgesprochen, daß sämmtliche gesetzliche Nachtheile, soweit sie den Vortheil der Kinder erster Ehe bezwecken, gleichmäßig beide wieder heirathende Ehegatten treffen sollten; sondern nur von gewissen speciellen poenis ist dies wahr. Sowohl in der Nov. 2. c. 2. §. 1. als in der Nov. 22. c. 23. ist lediglich davon die Rede, wie es mit dem lucrum dotis und propter nuptias donat. gehalten werden solle, und in derselben Novelle 22. folgt noch eine ganze Reihe von Nachtheilen der zweiten Ehe, welche der Kaiser lediglich für die Mutter bestimmt, Nov. 22. c. 35. 40. 46. und welche auch von den Rechtsgelehrten nur in diesem beschränkten Sinne erklärt werden.

4) Eine Ausdehnung ex paritate rationis findet nicht statt, weil jura singularia keine Analogie zulassen, und insbesondere Strafbestimmungen strictae interpretationis sind. Es ist aber auch nicht einmal eine völlige Parität der Gründe vorhanden, wie Marezoll l. c. sehr umfänglich gezeigt hat.

§. 568. **Ehezweite; deren Nachtheile.** Nach der gewöhnlichen Auslegung lit. a. der Nov. 22. c. 46. soll ein ohne Testament verstorbenes Kind von seiner Mutter, wenn diese gleich zur 2. Ehe geschritten war, dennoch neben dessen Geschwistern mit beerbt werden, aber soviel das in des

Digitized by Google

verstorbenen Kindes Nachlaß befindliche väterliche Vermögen betrifft, nur quoad usumfructum, also salva substantia, dergestalt, daß die uxor binuba in so weit nur als Fiduciar-Erbin anzusehen ist. Thibaut System des P. R. §. 286. Ed. 8. Glück P. K. Bd. 24. S. 122. und v. d. Intestaterbfolge §. 123. u. 125. v. Wening-Ingenheim Civilrecht §. 385. Entscheid. d. Geh. O. T. z. Berlin Bd. X. S. 184.

Daß conjux binubus sich vom zweiten Ehegatten nicht mehr auf den Todesfall zueignen darf, als ein erstehelicher Descendent und wenn diese ungleich bedacht sind, nicht mehr als das am mindesten bedachte Kind erhält, ist bekannt. Wie aber wenn nur Enkel vorhanden sind? Giebt da der Erbtheil eines einzelnen dieser Enkel den Maasstab? Man könnte dies etwa deswegen anzunehmen sich veranlaßt finden, weil der römische Sprachgebrauch unter dem Wort liberi auch die Enkel begreift. Allein, wenn es sich von Bestimmung des Erbtheils handelt, ist ausdrücklich bestimmt, daß sie lediglich an die Stelle ihres verstorbenen parens succediren, und, indem bei ihnen daher successio in stirpes eintritt, auch die Enkel von Einem Sohne nach l. 11. §. 1. D. 37. 4. juristisch nur als Eine Person angesehen werden, und bei Bestimmung des Kindstheils nur als Eine Person in Betracht kommen. Conjux binubus kann also, wenn mehrere Enkel von Einem Stamm vorhanden sind, mit Recht soviel erhalten, als die Enkel von diesem Stamm zusammen bekommen, s. Flach Entsch. d. O. A. G. in Wiesbaden Th. I. S. 128. G.568. lit. b.

Obgleich h. z. T. die Vorschrift der l. 1. C. 5. 49. und Nov. 22. §. 38., nach welcher die zur 2. Ehe geschrittene Frau das Erziehungsrecht der erstehelichen Kinder verliert, nicht mehr absolut in Gebrauch ist, so ist doch immer dabei vorausgesetzt, daß im concreten Fall keine Bedenklichkeiten gegen die Zulassung der wieder verehlichten Frau und ihres zweiten Ehemanns zur Erziehung der erstehelichen Kinder obwalten. Als aber dieselbe mit ihrem Manne nach Amerika wandern und dahin die erstehelichen Kinder mitnehmen wollte, wurde deren Begehren vom O. A. G. zu Cassel zurückgewiesen, indem in dem Fall, wo dieselbe ihren Wohnsitz in ein entferntes Land verlegen will, wodurch die Kinder der erforderlichen Aufsicht und Einwirkung auf die Person von Seite des Vormunds sowie des Obervormundschaftlichen Gerichts entzogen würden, und während auch ein Mangel an Gelegenheit zu anderweiter Versorgung der Kinder nicht erhellt, kein genügender Grund vorhanden sey, derselben die Mitnahme der aus dem hiesigen Unterthansverbande noch nicht entlassenen, mithin ihren gesetzlichen G.569. Fr. 2. a.

Digitized by Google

Wohnsitz dahier behaltenden Kinder zu gestatten. Analoge Anwendung findet dies auf eine uneheliche Mutter, welche einen Andern als den natürlichen Vater ihres Kinds ehelicht, s. Strippelmann Samml. Th. VI. S. 7.

Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

S. 572. Fr. 1. Daß die Putativehe väterliche Gewalt über die Kinder gebe, setzt voraus, daß der Vater, und nicht etwa blos die Mutter in entschuldbaren Irrthum hinsichtlich des vorhandenen Ehehindernisses war. Hert. de matrimonio putativo. §. 21. Opusc. Vol. I. T. I. no. VII. Schott Eherecht §. 138. Koch successio ab intestato. §. 51.

S. 575. Fr. 10. Der Satz, daß der Alimentationspflichtige nicht verbunden ist, Schulden für den Alimentanden zu zahlen leidet, nach der Natur der Sache eine Ausnahme, wenn jemand demselben Alimente creditirt hat.

Weil nach der Bemerkung zur Fr. 8 die Verbindlichkeit, einen Andern zu ernähren, auf der Voraussetzung beruht, daß man genügende Mittel dazu habe, so muß jede Klage auch durch diese Darlegung unterstützt werden. Der Executionsinstanz die Eröterung hierüber zu überlassen, geht deswegen nicht wohl an, weil sententia certa über das zu verabreichende Alimentenquantum nothwendig ist, und es auch darauf mit ankommt, ob der Pflichtige zu der Zeit, für welche die Alimente gefordert werden, die nöthigen Mittel gehabt, über den entfernten Zeitraum aber die Executionsinstanz keine Aufklärung geben kann, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden 1851, in d. Sächs. Zeitschr. X. S. 283.

S. 576. Fr. 11. Ist das Citat dahin zu berichtigen: Seuffert und Glück Bl. f. R. A. Bd. II. S. 411.

S. 577. Fr. 16. Die Frage: ob unter Alimenten auch Studirkosten begriffen werden, ist ohne Zweifel mit v. Buchholz in Richters und Schneiders krit. Jahrb. 1844. S. 149. dahin zu entscheiden, daß zwar die engere Bedeutung des Worts alimenta nach l. 6. D. 34. 1., wo von einem legato alimentorum die Rede ist, nur die unentbehrlichsten Mittel zur Erhaltung des Lebens, wie Kost, Kleidung und Wohnung, auch Heizung und Licht und Curkosten in sich begreift, gleichbedeutend mit victus, l. 22. §. 8. D. 24. 3. — l. 43. l. 44. l. 234. §. 2. D. 50. 16., daß aber die Gesetze das Wort alimenta auch in einem umfassenderen Sinn, ubi debet ratio haberi alimentorum omnium, gebrauchen, und daß dieser ausgedehntere Sinn entschieden in dem besonderen Verhältniß der Eltern gegen Kinder oder der die Stelle jener vertretenden Vormünder gegen ihre Pupillen hervortritt, wo die Alimentationsverbindlichkeit auch die Erziehungs- und Unterrichtskosten, mithin auch die

Digitized by Google

Studirkosten pro modo facultatum umfaßt, l. 4. D. 27. 2. — l. 6. §. 5. D. 37. 10. — l. 2. C. 5. 50. Vgl. Heimbach im Rechtslexikon Bd. I. S. 184. Walther in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 343.

S. 578. Fr. 20. Die Alimente, welche ein Stiefvater leistete, können der Regel nach Gegenstand der Rückforderung seyn wider den früher mit der Frau des Ersteren verehlichten Vater: donationem muß dieser Letztere Ausnahmsweise beweisen. Bis dies geschieht, gilt das Vorkommniß als negot. gestio oder in rem versio. — l. 15. C. 2. 19. ist auf den Fall, da aus dem Vermögen des Kindes Vermögensersatz verlangt wird, zu beschränken, s. Zeitschr. f. Rechtspflege I. S. 186. 489. Wochenbl. f. Rfälle 1842. S. 311. 1846. S. 206. 1847. S. 228. Jedenfalls ist die Nothwendigkeit des Aufwandes zu zeigen, z. B. daß eine Tochter aus dem Bauernstande nach ihrer Confirmation nicht habe in Gesindedienste gehen können. Auch passiren keine Verzugszinsen, weil der Belauf der Alimenten erst durch Richterspruch festzusetzen ist, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 311. Ackermann Rechtssätze N. F. II. S. 302.

S. 578. Fr. 22. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß Verträge zwischen dem Vater und dem in der väterlichen Gewalt stehenden Sohn ungültig sind, ist für das heutige Recht mit triftigen Gründen in dem neueren Werk von Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts Bd. II. S. 630. bestritten. Es läßt sich nicht verkennen, daß das Hauptprincip der römischen patria potestas, zufolge dessen der Vater so wenig an das Kind, als das Kind an den Vater etwas veräußern, der Vater keine Forderung an das Kind erwerben, und umgekehrt das Kind nicht Gläubiger seines Vaters werden konnte*), im deutschen Recht nicht Wurzel gefaßt, daß demselben eine Unfähigkeit des Kindes etwas für sich zu erwerben, oder die Nothwendigkeit, alles dem Vater zu erwerben, immer fremd geblieben ist. Z. B. niemand trägt Bedenken, die Abtheilung, welche der Vater mit den in seiner Gewalt stehenden Kindern vornimmt, für vollkommen

*) Das peculium castrense ausgenommen; eine Modification findet statt, wenn der Sohn ein peculium profectitium besitzt. Unter dieser Voraussetzung kann zwar der Sohn Gläubiger und Schuldner des Vaters werden, aber während der väterlichen Gewalt hat dies Verhältniß unter ihnen gar keine Wirkung, und auch nach Beendigung derselben stellt es sich lediglich dar als eine naturalis obligatio zwischen Vater und Kind, deren Wirkung sich nur mit Rücksicht auf das pec. profectitium äußert, auf welches es sich gründet, s. Dollmann in Seuffert und Glücks Bl. f. R. Anw. Bd. XIV. S. 130.

Digitized by Google

wirksam anzuerkennen. Niemanden fällt es ein, die Wirksamkeit eines Einkindschaftsvertrags und den darin liegenden Verzicht der Kinder auf die Ausantwortung ihres Antheils am Gesammtgut aus dem Grund anzufechten, weil hier der Vater sich mit seinen Hauskindern vereinbart habe, und unzähligemale kommt es vor, daß der Vater bei seinen Lebzeiten Haus und Hof an eines der noch in der väterlichen Gewalt stehenden Kinder abgiebt. — Doch konnte der Vater auch nach älterem deutschen Recht mit dem unter seiner Vormundschaft stehenden Kinde (abgesehen von Schenkungen) alle Rechtsgeschäfte oder Handlungen zwar mit vollkommener Wirksamkeit vornehmen, doch mußte er dazu entweder andere Blutsfreunde desselben, oder in deren Ermangelung die obervormundschaftliche Behörde zuziehen, oder es müßte dem Kinde eine eigene Vormundschaft dazu bestellt werden, s. Kraut l. c. S. 615.

S. 582. Fr. 4. Zeile 3. ist der Druckfehler dahin zu verbessern: res succedit in locum pretii.

S. 585. Fr. 11. Ein Erkenntniß des O. A. G. Jena, s. Emminghaus Pand. S. 581. no. 38. spricht aus: „Die Nutznießung und Verwaltung der Adventitien des in seiner Gewalt befindlichen Kindes kann dem Vater in keinem Falle entzogen werden, so lange diese Gewalt dauert: kein Gesetz hat die, wenn auch noch so üble Verwaltung mit jenem Verluste bedroht. Thibaut Pand. §. 363. Ausg. 5 *). Glück P. R. Bd. XIV. S. 385 **). Vom Nießbrauch gilt dies unbestritten. Aber auch von der Verwaltung muß es um so mehr behauptet werden, nach l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. C. 6. 61., seit eine richtige Auslegung der l. 13. §. 2. C. 9. 51. den Schein entfernt hat, als bringe dieses Gesetz ein anderes mit sich, s. Archiv f. civil. Praxis Bd. VII. S. 268. Bd. X. S. 179 ***)."

*) Im Gegentheil sagt Thibaut vielmehr im §. 256. der 8. Ausgabe: „Verwüstung der Aventitien beraubt den Vater der Administration."

**) Eben so gerade entgegen sagt Glück l. c. S. 383: „wenn der Vater durch Verschwendung, Nachlässigkeit oder Verwüstung der Adventitien die Kinder in Gefahr bringt, das Ihrige zu verlieren, so macht er sich der Administration verlustig." Als übereinstimmend werden angeführt: Wernher, Cramer, Hofacker u. a. Ihnen ist beizufügen: Mühlenbruch Lehrb. §. 569.

***) Löhr im civil. Arch. l. c. will nämlich die in l. 13. §. 2. C. 9. 51. gegebene Entscheidung nur von dem darin unterstellten einzelnen Fall verstanden wissen, allein der Satz lautet allgemein: si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutatur, ut furioso ac dementi itemque prodigo, libidinum ommium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda. Ab administratione *fugiat*, neque *tutor* esse desinat. Mit Recht entgegnet daher Sintenis im Civilr. III. S. 155. not.

Digitized by Google

Obgleich unbestritten der väterliche Nießbrauch an den Adventitzgütern der Kinder mit der durch die von diesen angestellte separate Oekonomie bewirkten Endigung der väterlichen Gewalt aufhört, so ist doch bestritten, ob sich auch das väterliche Verwaltungsrecht dadurch endige, daß minderjährige Kinder sich selbst etabliren, s. Leyser Sp. 164. M. 4. Hommel Rhasp. Obs. 171. u. 667., da aber auch dieses sich nicht auf eine Vormundschaft, sondern auf die väterliche Gewalt alleine gründet, so nimmt man wohl mit Recht an, daß mit deren Endigung auch jenes Verwaltungsrecht aufhören müsse. Hagemann pr. Erört. Bd. VII. S. 362.

Der hier angegebene Fall, in welchem der väterliche Nießbrauch an einem Erwerb cessiren soll, welchen das Kind aus dem Vermögen der Mutter macht, weil seine Eltern sich bona gratia geschieden haben, s. N. 134. c. 11., ist, wie v. Buchholz in den kritisch. Jahrb. v. J. 1844. S. 150. und in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 309. dagegen bemerkt, nicht mehr praktisch, weil das in der Novelle vorausgesetzte divortium bona gratia in der deutschen Praxis nicht recipirt ist, s. Löhr im civil. Archiv Bd. VII. S. 269. Thibaut System d. P. R. §. 362. not. m. Ed. 8. S. 586. Fr. 19. lit. b.

Zu den Fällen der extraordinären Adventitien wird gewöhnlich auch die Erbschaft, welche einem furiosus anfällt, gezählt, s. Puchta Pandekten §. 437. Ed. II. aber doch wohl uneigentlich, wie v. Buchholz in Linde's Zeitschrift Bd XIV. S. 316. ausgeführt hat, denn nach dem in der l. 52. D. 29. 2. enthaltenen Kaiserl. Rescript ist dem Sohn des furiosi nur das Recht zugestanden worden, die Erb- Ebend. lit. d.

---

42 a., daß ein Vernunftsatz bei gleichem Grund auch gleiche Wirksamkeit haben müsse. Zwar beruft sich Löhr noch darauf, daß Justinians allgemeine Verordnung über völlig unbeschränkte Verwaltung des Vaters in l. 6. §. 2. C. 6. 61. jünger sey, als die vorangeführte, allein nimmermehr wird sich aus dieser l. 6. deduciren lassen, daß sie einen solchen Mißbrauch der väterlichen Gewalt sanktioniren wolle, man müßte denn administratio und gubernatio für einerlei mit dilapidatio nehmen. Was die römischen Gesetze in Wahrheit aussprechen, ist vielmehr einfach folgendes: der Vater ist während der Dauer der väterlichen Gewalt nicht gehalten, Rechenschaft abzulegen; er ist nicht bloßer Verwalter, sondern Usufructuar. Wenn aber gegen ihn dargethan wird, daß er in offenbarem Mißbrauch seiner väterlichen Gewalt das Vermögen der Kinder zu verschleudern und zu verschwenden anfängt, so kann ebenso, wie wenn er geisteskrank oder für einen Verschwender erklärt ist, ihm die Verwaltung entzogen, und einem Curator übertragen werden. Die gleichfalls von den Dissentienten oben angeführte l. 8. §. 4. C. 6. 61. spricht auch keineswegs für, sondern vielmehr gegen eine völlige Ungebundenheit des Vaters.

Digitized by Google

schaft allein anzutreten, ohne dem Vater Rechte zu entziehen. Der Kaiser ergänzte durch sein Rescript den außerdem nothwendigen, aber wegen des kranken Seelenzustandes unmöglichen jussus patris.

S. 588. Die in l. 32. C. 3. 28. — Nov. 18. c. 3. u. Nov. 118. c. 2.
Fr. 19. getroffene Bestimmung, daß kein dem überlebenden Ehemann beschiedener Nießbrauch den Pflichttheil belasten dürfe, ist von dem O. A. G. in Cassel 1840 mit der Einschränkung nach Nov. 117. c. 1. angewendet worden, daß das gesetzliche väterliche Nießbrauchsrecht fortbestehe, s. Strippelmann Entsch. II. S. 112.

Die Fortdauer des väterlichen Nießbrauchs auch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt (z. B. durch Anstellung eigenen Haushalts), ward zwar nach Pfeiffers Ausführ. II. S. 197. vom benannten Gerichtshof zugegeben, aber das Recht, Processe über pec. advent. zu führen, dem Vater desfalls gleichwohl abgesprochen, weil dieses, wie man gegen Göschen Vorlesung. III. Abth. I. §. 782. Mühlenbruch Pand. III. S. 568. mit Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 289. 373. annahm, nach l. 1. C. 6. 60. — l. 6. §. 2. C. 6. 61. ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, s. Strippelmann l. c. I. S. 260.

S. 589. Die hier ausgesprochene Meinung stützt sich auf die Autorität von
Fr. 22. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 345. und Thibauts System des Pandektenr. §. 384. Ed. 8. Jedoch scheint die dahin, daß der Adoptivvater überhaupt keinen ususfructus an dem peculium adventit. irregulare erlange, in Fuhr und Hofmanns civilist. Versuchen H. I. S. 34 ꝛc. ausgesprochene Meinung ein Uebergewicht der Gründe für sich zu haben. Denn nach l. 10. pr. C. 8. 48. soll der Adoptivvater nur dann und in so weit den Nießbrauch erwerben, als ein solcher Erwerb gesetzlich statt findet — eique adquirat, quae possunt acquiri et prodesse. Der Adoptivvater erwirbt alle Rechte, welche bisher dem leiblichen Vater zustanden; nicht mehr und nicht weniger. Stand aber diesem an jenem peculium kein Recht des Nießbrauches zu, so kann solches auch der Adoptivvater nicht erwerben. Ueberhaupt ist das Bestreben der Gesetze nicht zu verkennen, daß der Adoptirte durch die Adoption in keine schlechtere Lage kommen und seine Rechte nicht geschmälert werden sollen, was der Fall seyn würde, wenn ihm das wohl erworbene bisher unbeschränkte Eigenthumsrecht an dem peculium adventit. irregulare entzogen würde. Man kann sich auch wohl auf die Analogie des pec. castrense berufen, bei welchem unbestritten der Grundsatz gilt, daß es auch nach stattgehabter Adoption fortwährend als solches behandelt werde, arg. l. 12. D. 49. 17. Bezüglich des pec. advent. ordinarii hingegen erklären sich Fuhr und Hofmann für die zur

Digitized by Google

Fr. 21. angeführte Meinung einiger Rechtsgelehrten, daß daran der Adoptivvater den Ususfruct ohne den von uns angenommenen Unterschied, ob die bona adventitia vor oder nach der Adoption erworben waren, erlange, denn durch jede Auflösung der väterlichen Gewalt, mithin auch durch die Adoption endige sich der Ususfruct für den leiblichen Vater, und gehe auf den Adoptivvater über, s. l. 10. C. 8. 48. *eique* acquirat, quae possunt acquiri et prodesse.

Die Lehre vom *peculio profectitio* und der damit verwandten *act.* S. 590.
de peculio dürfte nun wohl nach den neuesten Erörterungen von Kraut Fr. 1-8.
die Vormundschaft nach den Grds. d. deutsch. Rechts S. 640. mit der Umgestaltung des Systems der patria potestas auch als unfruchtbar zu beseitigen seyn; denn der von der Wurzel getrennte Baum ist ja doch nur todtes Holz. Dollmann in Glück und Seufferts Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 137. substituirt dafür folgende Sätze: Wenn h. z. T. der Vater dem Sohne einen Theil seines Vermögens überläßt, so kann die Absicht dabei

1) entweder die seyn, daß der Sohn denselben für den Vater verwaltet. Hier erscheint dann der Sohn gegen Dritte als Stellvertreter seines Vaters, und diesem selbst steht er je nach Umständen als Mandatar oder locator operarum gegenüber.

2) Die Absicht kann aber auch dahin gehen, dem in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinde damit ein Geschenk zu machen. Dann geht jenes Vermögen sofort in das Eigenthum des Kindes über; es nimmt die Eigenschaft eines pec. advent. an, wie wenn es dem Kind von wo anders her zugekommen wäre.

3) Es kann endlich die Absicht dahin gerichtet seyn, dem Sohne die Anlegung eines eigenen Haushalts dadurch zu ermöglichen. Dann wird durch jene Abtretung die Emancipation des Kindes herbeigeführt, und es kann schon um deswillen von einem pecul. profect. nicht die Rede seyn So erkannte schon Ao. 1748 die Facultät Jena: wenn der Vater ein Grundstück auf dem Namen des Haussohns kauft, und die gerichtliche Uebereignung an diesen bewirken läßt, so ist dies kein peculium profectitium, selbst wenn der Vater den Nießbrauch stets bezog. Gerichtliche Zuschreibung erzeugt Eigenthum. Jenes peculium aber erforderte, daß dem Vater das Eigenthum geblieben wäre, l. 46. 48. D. 15. 1.

Die Brauchbarkeit der act. quod jussu statuirte das O. A. G. S. 591.
in Dresden in folgendem Falle: A. klagte gegen B. auf 400 Thlr. Fr. 2.
für ein flügelförmiges Fortepiano, welches ihm die Tochter des B. abgekauft hatte. Diese Klage hat zwar als act. de in rem verso das

Digitized by Google

Bedenken gegen sich, daß, obschon musikalischer Unterricht zur standesmäßigen Bildung der Töchter gehören mag, doch zunächst fraglich bleibt, ob dazu gerade der Ankauf eines so theuren Instrumentes nöthig? Allein wenn A. die Zustimmung des B. zu dem Handel nachweisen kann, oder auch nur spätere Genehmigung desselben, so greift act. quod jussu durch, l. 1. §. 5. 6. D. 15. 4. — l. 5. §. 2. D. 15. 3. — Thibaut im civil. Arch. Bd. XII. no. X. Wochenbl. f. Rfälle 1843. S. 379.

S. 594. Fr. 11. *Versio in rem.* Die actio de in rem verso utilis kann gegen mich nur dann angestellt werden, wenn der durch die Version mir gewordene Vortheil nicht schon ohne dieselbe von mir rechtlich erlangt werden konnte. Z. B. A. lieh den Eltern des B. eine Summe zur Bestreitung seiner Lehrkosten, und forderte hinterher diese Summe vom B. mit der act. de in rem verso. Weil aber B. jedenfalls von seinen Eltern diese Kosten zu fordern berechtigt war, so mußte der Kläger abgewiesen werden, s. e. Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart in Tafel auserlesenen Civilrechtssprüchen Bd. I. H. 2. S. 179.

Hat jemand Geld zur Befreiung eines Unmündigen von der Militairpflicht vorgeschossen, so kann er nicht die act. de in rem verso gegen denselben anstellen; diese ist nur dann begründet, wenn das Gegebene noch vorhanden, oder des Unmündigen Vermögen damit vermehrt oder verbessert worden; und dies tritt nicht ein, wenn der Unmündige nur einen seine Persönlichkeit betreffenden Vortheil erlangt hat, s. Urtheil des App. Ger. zu Leipzig in Emminghaus Pand. S. 255. no. 42. Allegirt wurde die Sächs. Vorm. Ordn. v. 1782. Kap. 13. §. 8.

Senatus Macedonianum.

S. 597. lit. b. Zwar wird in v. Hartitzsch Entscheidungen S. 395. ein Erkenntniß des A. G. in Leipzig angeführt, daß derjenige, welcher einem studirenden filiusfamilias die nothwendigen Studirkosten vorgeschossen hat, deren Restitution nicht vom Vater, sondern nur vom Sohn zu fordern berechtiget sey. Wenn aber auch etwa ein besonderes Universitäts-Statut eine so auffallende Entscheidung rechtfertigen könnte, so ist sie doch, wie im Richter und Schneiders krit. Jahrb. Jahrg. VI. S. 430. bemerkt worden ist, in unläugbarem Widerspruch mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen der act. de in rem verso und neg. gest., sowie mit l. 7. §. 13. D. ad Sct. Maced., da ja der Vater dadurch, daß er seinen Sohn die Universität beziehen läßt, zur Bestreitung der hiedurch verursachten Unkosten verpflichtet ist.

Digitized by Google

Die Anstellung eines Haussohns im Staatsdienste hebt an sich die väterliche Gewalt keineswegs auf, sondern nur, wenn Anstellung eigenen Haushaltes damit verbunden ist; s. Erk. d. O. A. G. zu Jena in Emminghaus Pandekten d. Sächsisch. Rechts S. 388. no. 71. — Uebereinstimmend erkannte das O. A. Ger. in Celle: „der Eintritt in Civil- und Militairdienste kann an und für sich der Emancipation nicht gleich gestellt werden," s. Seuffert Archiv Bd. V. H. 1. S. 38. desgleichen Eichhorn deutsch. Privatr. §. 316. Mittermaier d. Privatr. §. 373. (325.) Zwar hatten die römischen Gesetze verschiedene Würden dergestalt privilegirt, daß sie von der väterlichen Gewalt befreiten; v. Wening-Ingenheim im Lehrb. d. g. Civilr. Buch IV. §. 108 hält diese h. z. T. noch auf das Episcopat und Fiscalat für anwendbar, so auch Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 616. Richter sel. jur. princ. Diss. 2. §. 9., aber richtiger ist es wohl, und von den Neuern ziemlich allgemein angenommen, daß jene Bestimmungen insgesammt als antiquirt zu betrachten seyen, und sich bei uns alles auf die Errichtung eines eigenen Haushalts von Seiten der Söhne, und auf Verehlichung von Seite der Töchter reducire. Unter dem besonderen Haushalt versteht Gerber im System d. deutsch. Privatr. §. 212. d. 2. Aufl. „ein selbstständiges aus den Früchten eigener Erwerbthätigkeit und eigenen Vermögens unterhaltenes Leben beginnen," und hält nicht einmal eine äußere Trennung von dem Hause hiezu erforderlich. Auf keinen Fall ist durch den Begriff eines besonderen Haushalts die Fortdauer kleiner väterlicher Unterstützungen ausgeschlossen, s. Gerber l. c. Kreittmayr Anmerk. zum Bayer. L. R. Th. I. Kap. 5. §. 7. no. 4. S. 600. Fr. 2. not. *)

Nach deutsch rechtlichen Principien, welche in einem allgemeinen Herkommen begründet sind, wird das Verhältniß der väterlichen Gewalt in allen ihren Wirkungen, namentlich auch rücksichtlich der Eigenschaft als *suus heres*, aufgehoben, wenn das Hauskind sich seinen Unterhalt selbstständig und ohne Elterliche Beihülfe erwirbt, s. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 42. S. 602. Fr. 7.

Fr. 9. Zeile 9. statt „Lösung den v. G." lies: „Lösung der väterlichen Gewalt."

Legitimation — Adoption — Einkindschaft.

Die Legitimationsfähigkeit der adulterini per subsequens matrimonium wird unter der Voraussetzung, daß die Ehe nach c. 1. 2. 5 — 7. X. 4. 7. erlaubt, oder vermöge Dispensation gestattet war, bestätigt durch Erk. d. O. A. G. in Dresden, s. Wochenbl. f. Rfälle 1848. S. 241. — 1846. S. 33., ingleichen durch ein Präjudiz des O. A. G. S. 604 Fr. 4.

Digitized by Google

in Darmstadt, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 892. Ed. II. womit übereinstimmen Pufendorf I. Obs. 163. Stryck Us. mod. I. 6. §. 12. Eichhorn Kirchenr. II. S. 451. Richter Kirchenr. S. 517. u. 531. Eben so entschied in Ansehung der Legitimation durch Landesherrliches Rescript das O. A. G. in Cassel, s. Strippelmann Samml. Th. V. S. 459.

Wenn der Vater des adulterinus am Orte seines Domicils eine rechtsgültige legitimatio per subseques matrimonium vornehmen konnte, so kann der Legitimirte auch eine unbedingte Anerkennung seiner dadurch erworbenen Rechte überall fordern, wo ihm nicht ein ausdrückliches Gesetz entgegensteht, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IX. S. 43.

S. 605. Fr. 9. Ob diese Legitimation auch die Successionsrechte in Lehen-, Stamm- und Fideicommißgüter gewähre, ist, soweit nicht Familienstatuten oder besondere Landesgesetze darüber entschieden haben, bis auf die neueste Zeit streitig geblieben. Die altgermanische Ansicht, deren Strenge sich am längsten im Lehnrecht*) erhalten hat (II. F. 26. §. 10. naturales filii licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur), war der Negative zugewendet, die canonische ist unstreitig bejahend, c. 1. X. qui filii sint legitimi, und sonach auch mit dem römischen Recht zusammenstimmend, l. 10. C. de natural. lib. Nov. 89. cap. 8. Ob nun durch beide recipirte Rechte die alten deutschen und longobardischen Gewohnheiten in foro verdrängt worden seyen, ist eigentlich die Frage, auf welche es ankommt. Die Zahl der streitenden Rechtsgelehrten für oder gegen die Successionsfähigkeit der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder ist auf beiden Seiten ziemlich gleich, so daß man nicht unbedenklich mit Weber im

*) Besonders im Sächsischen Land- und Lehenrecht, J. F. S. cap. 2. J. P. S. Lib. I. Art. 56. cf. der Glossator des Sächsischen Lehenrechts, in Glossa lat. ad cap. 2. J. F. S. ex hoc textu notant Doctores, quod legitimati per subsequens matrimonium secundum jus feudale Saxon. non possint succedere in feudum. Bekanntlich hat jedoch gegen diesen Text Pabst Gregor eine eigene Bulle v. J. 1374 erlassen, s. Goldast collect. leg. et constit. imperii, in praefat. Ein auffallender Widerspruch findet sich zwischen dem Schwäbischen Land- und Lehenrecht, indem das Schwäbische Lehenrecht die unehelich geborenen Kinder ohne Unterschied zwischen Legitimirten und Nichtlegitimirten von der Lehensfolge ausschließt, dagegen das Schwäbische Landrecht sich für die Lehensfähigkeit der mittelst nachfolgender Ehe legitimirten Söhne erklärt. J. P. A. Cap. 373.

Digitized by Google

Handb. d. Lehenrechts Th. III. S. 242 *) annehmen kann, die Mehrzahl habe sich für die Lehensfähigkeit entschieden, und vorzugsweise in den Ausruf des edlen Möser einzustimmen wagen darf: „das Recht der Echtschaft, was die nachfolgende Ehe ertheilt, ist als eine große und weise Ausnahme von der Regel bei allen gesitteten Völkern zugelassen." Wenigstens in Beziehung auf den hohen Adel und auf das Feudalwesen scheint die ächt christliche Ansicht noch nicht ganz durchgedrungen zu seyn. Ihr stellt man hauptsächlich den oben angeführten Lehentext entgegen. Allein, wenn man auch genöthigt wäre, ihn auch von den **legitimatis per subsequens matrimonium** zu verstehen, was wohl dann der Fall wäre, wenn es hieße: **licet postea vel quocunque modo fiant legitimi**, und wenn man bei seiner indistincten aber auch minder bestimmten Fassung nicht wagen dürfte, ihn nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu interpretiren, so scheint doch, auch hievon abgesehen, schon aus der Einführung des römischen und canonischen Rechts in Deutschland die Einschränkung des Lehentexts auf die **per rescriptum Principis legitimati** nothwendig zu folgen, indem die **legitimatio per subsequens matrimonium** nicht nach altgermanischen Rechten und Ge-

---

*) Der dort angeführten Literatur über diese Streitfrage ist noch beizufügen:

a) für die Successionsfähigkeit: Knipschild de fideic. fam. Cap. VIII. no. 327. Krafft de ord. succ. in fideic. fam. §. 19. Dieck Beitr. zur Lehre v. d. Legimition durch nachfolgende Ehe. Halle 1832. Desselben Entgegnung auf die Darstellung des Gräflich Bentinckschen Erbfolgestreits, welche Hr. Prof. Wilda in der Zeitschr. f. deutsches Recht geliefert hat. 3 Hefte. Lpz. 1841. A. Michaelis Votum über den Reichsgräflich Bentinckschen Erbfolgestreit. Tübingen 1841. Desselben Recensionen der Schriften über diesen Successionsstreit in Richters und Schneiders kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. V. S. 1060. u. 1092., wo auch, so wie in Diecks Entgegnung III. S. 50., als dieser Ansicht beistimmend angeführt werden: Albrecht, Bolley, Feuerbach, Jacobson, Witte, Zachariä, Heinke, Kind, Klüber, Kermer, Tittmann, Ad. Weber und G. M. Weber, desgl. Hackemann in Zepernick Analecta jur. feud. I. pag. 381. u. a. m.

b) gegen dieselbe: Mayr Handb. d. gem. u. Bayerisch. Lehenrechts §. 82 S. 194. Gründler Polemik des germanischen Rechts Th. III. S. 405. §. 645. — Wilda der Reichsgräflich Bentinckschе Erbfolgestreit, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft von Reyscher und Wilda Bd. III. S. 197. Bd. IV. S. 148. In Bezug auf Lehen und auf den hohen Adel auch Eichhorn im deutsch. Privatr. §. 354 u. 369. Nur in Bezug auf den letzteren hat sich Mittermaier in den Grdz. d. gem. deutsch. Privatr. Th. I. §. 66. (§. 60.) Th. II. §. 449. (398.) gegen die Successionsfähigkeit der Mantelkinder ausgesprochen.

Digitized by Google

wohnheiten, welchen sie ganz unbekannt war, sondern nur nach denjenigen Rechten, welchen diese Institution ihre Entstehung verdankt, beurtheilt werden kann. Die Successionsunfähigkeit vorehelicher Kinder war ja im Mittelalter durchaus keine Eigenthümlichkeit des Lehenrechts, sondern im Landrecht eben so, wie im Lehenrecht begründet. Ist nun im gemeinen Recht eine zeitgemäßere Ansicht durchgedrungen, so ist es gewiß consequent, sie nun eben auch im Lehnsverhältniß gelten zu lassen. Selbst Wilda, ob er gleich im Gräflich Bentinckschen Erbfolgestreit als Gegner dieser Ansicht auftrat, gesteht doch a. a. O. S. 301. „im 16. Jahrhundert, als das röm. Recht allgemein als Grundlage des gemeinen Rechts anerkannt war, sprachen die Juristen fast durchgängig den Legitimirten die Successionsfähigkeit sowohl im Lehen als im Erbe zu." Daß diese Ansicht, wie Pütter in primis lineis jur. priv. Principum §. 27. bezeugt, und Stryck de successione ab intestato Diss. I. Cap. III. §. 27. sich ausdrückt, sententia communiter recepta geworden ist, und wie Dieck a. a. O. weiter ausführt, am Ende des 15. Jahrhunderts schon in Deutschland gemeinrechtlich gegolten hat, läßt sich um so weniger bezweifeln, als eben deswegen die Vasallen sich so häufig bemüssigt fanden, ihre Lehenherren zu einem gesetzlichen Ausschluß der Mantelkinder zu bewegen, wovon sich in Strubens rechtl. Bedenken Th. III. S. 194. interessante Beispiele finden. Im südlichen Deutschland, welches der Einführung der fremden Rechte weniger widerstrebte, fand dieser usus um so mehr Eingang. Der Schwabenspiegel huldigt schon der canonischen Ansicht (s. Art. 42. u. 232. der Wackernagelschen Ausgabe). Bei geistlichen Lehenhöfen wäre es ein Verbrechen gewesen, irgend eine den allgemeinen Verordnungen der geistlichen Rechte zuwiderlaufende, lediglich auf deutsche Sitten sich gründende Erklärung des text. feud. oder selbst ein jenen zuwiderlaufendes weltliches Recht vorzuziehen, und so konnten sich auch die weltlichen Lehenhöfe dieser usuellen Restrictiv-Auslegung offenbar nicht mehr erwehren, denn sonst hätten sie sich nicht genöthiget halten können, die alte Sitte mittelst eigener Gesetze in Schutz zu nehmen. Ueberdem findet man in diesen die Absicht, dem gemeinen Lehenrecht zu derogiren, sogar wörtlich ausgedrückt, z. B. im Brandenburgischen Patent v. J. 1687, „daß hinfüro in den Märkischen Landen keine legitimati per subsequens matrimonium in die Lehen succediren, und in diesem Falle dem juri feudali communi derogirt seyn soll;" ferner in zwei Hessischen Landrechten v. J. 1592 u. 1651, wo sich bei gleicher Bestimmung der Beisatz findet: „man wolle bei Ritterlehen das gemeine Recht nicht gelten lassen."

Digitized by Google

In Ansehung des niederen Adels sind die wenigsten Rechtsgelehrten gegen die Successionsfähigkeit der legitimati per subsequens matrimonium und diese ist auch durch die meisten Landesgesetze geschützt. Z. B. das Preußische allgem. Landr. Th. I. Tit. 18. §. 361., das Kursächsische Recht, s. Zachariä Kursächsisches Lehensrecht §. 79. und Stryck de success. ab intest. Diss. I. Cap. IV. §. XIV., das Gothaische Lehensmandat §. 75., das ältere u. neuere Bayerische Lehenrecht, Cod. Bav. civ. P. IV. Cap. XVIII. no. 4., sowie das Ao. 1808. emanirte Edict über die Lehensverhältnisse im Königreich Bayern Kap. III. §. 55., ferner die Rechte von Ostfriesland, Jever und das Brabantische Lehenrecht, s. Michaelis Votum über den Reichsgräflich Bentinckschen Erbfolgestreit S 45. Dies gilt um so mehr auch von den Mitgliedern der Reichsritterschaft, in so weit nicht ein entgegengesetztes Familienherkommen oder Statut erweislich ist, als dafür schon Präjudicien der vormaligen Reichsgerichte vorliegen, dergleichen Dieck l. c. S. 104. von den reichsadelichen Familien von Münster, von Weyherr, Marschalk von Ostheim ꝛc. anführt, und Runde im deutsch. Privatr. §. 369. not. b. von der ritterschafl. Familie der v. Künsberg erwähnt, indem durch ein Reichshofraths-Conclusum v. 26. August 1718. ein durch nachgefolgte Ehe legitimirter v. Künsberg in possessorio für erbfähig in Lehen- und Stammgut erklärt wurde, s. Mosers Reichshofrathsproceß Th. III. S. 271.

Einkindschaft. Aus dem Zweck und Wesen derselben ergiebt S. 613. sich, daß sie nicht, wie von Mehreren geschehen, s. Gail Obs. pract. Fr. 1. Lib. II. Obs. 125. §. 1. 6. 7. Pufendorf Obs. T. I. Obs. 200. §. 17. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 610. Tafinger Lehre von d. Einkindschaft §. 33. — wenn nicht anders Statuten und Gerichtsbrauch es so mit sich bringen — mit der Adoption verwechselt werden darf, daher auch nicht mit dem zuletzt genannten Schriftsteller angenommen werden darf, daß der Stiefvater die vollen Rechte eines leiblichen Vaters, und mit diesen insbesondere die Befugniß erlange, gegen die Verehelichung der Stieftochter Einspruch zu thun, s. Runde deutsch. Privatr. §. 673. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 348. not. k Erk. d. O. A. G. in Lübeck in d. Hamburg. Samml. Bd. I. H. 3. S. 521.

Daß durch Kinderlosigkeit der zweiten Ehe die Einkindschaft auf- S. 616. gehoben werde, wie außer den angeführten Schriftstellern auch Hof- Fr. 13. acker in Princ. jur. civ. T. I. §. 614. lehrt, und in dem ähnlichen Fall, wenn die unirten Kinder den Zeitpunkt des Erbanfalls nicht erleben, von Bülow u. Hagemann in d. prakt. Erört. Bd. IV. S. 377. angenommen wurde, kann nach einem Erk. d. O. A. G. in München

Digitized by Google

(s. Seufferts Archiv Bd. II. H. I. S. 80.) nicht schlechthin behauptet werden. Denn wenn gleich diesfalls ein hauptsächlicher Zweck der Einkindschaft wegfällt, so kann man doch, wenn dieser Zweck nicht zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ist, auch das Geschäft nicht als bedingt ansehen. Als stillschweigende Bedingung und als alleinigen Zweck kann man den Erfolg zweitehelicher Kinder um so weniger ansehen, als die Einkindschaft nicht blos zum Besten dieser, sondern auch zum Besten der Vorkinder, dann der Eltern selbst, welche im Besitz des ungetheilten Vermögens, selbst des verstorbenen Parens verbleiben, eingeführt ist, dieser Zweck aber fortbesteht, es mögen Nachkinder kommen, oder nicht, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 371. (§. 323. Ed. VII.). Danz Handb. d. deutsch. Privatr. §. 676. Pufendorf Obs. 200. §. 20. Hertel über Einkindschaft §. 27.

Von der Vormundschaft.

S. 622. Fr. 1. Der Satz: daß die im römischen Recht getrennten und verschiedenen Functionen der Vormundschaft in der neueren Verfassung ganz in Eines zusammengefallen sind, ist von dem Recensenten in den kritischen Jahrb. f. deutsche Rechtswissenschaft Jahrg. 1844. S. 150. beanstandet worden, er ist aber doch wohl in seinem eigentlichsten Sinne wahr, wie er denn neuerlich auch von Dollmann in Seuffert u. Glücks Blättern f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 97. gerechtfertiget worden ist. Die Behauptung Einiger, daß das Rechtsverhältniß des Vormunds zu seinem Mündel, so lange dieser noch nicht den Termin der römischen Pubertät erreicht habe, nach den Grundsätzen von der Tutel, und von da an bis zur Volljährigkeit des Mündels nach den Grundsätzen von der curatio zu beurtheilen sey, s. Glück P. R. Bd. XXX. S. 59. u. 69. Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. I. S. 114. Bd. II. S. 291. u. A. wird von Andern, insbesondere von Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen d. deutsch. Rechts Bd. II. §. 51. u. den dort angeführten Schriftstellern als genugsam widerlegt betrachtet werden können, um mit Grund zu behaupten: da in allen die Vormundschaft betreffenden Beziehungen*) hinsichtlich der Handlungsfähigkeit in Deutschland kein Unterschied zwischen einem minor

*) Die römische pubertas kommt zwar h. z. T. noch so weit in Betracht, als mit ihr die Fähigkeit eintritt, ein Testament zu machen, eine Ehe einzugehen, und den Grundsätzen des canonischen Rechts gemäß auch einen Eid zu leisten. Dies hat aber alles mit der Vormundschaft nichts zu thun, sondern ist eine besondere Wirkung der Pubertät an sich.

Digitized by Google

und einem impubes besteht, so folgt daraus auch, daß der Unterschied zwischen einem tutor und curator, da er mit jenem wesentlich zusammenhängt, hier nicht vorkommen kann. — Der deutsche Vormund steht während der ganzen Dauer der Vormundschaft dem römischen curator völlig gleich. Unsere Juristen sind von jeher der Meinung gewesen, daß die auctoritas des Vormunds in Deutschland nicht wie bei den Römern nothwendig beim Abschluß des Geschäfts selbst ertheilt zu werden brauche, sondern daß sie auch abwesend und hinterher ertheilt werden könne, also mit anderen Worten, daß zwischen der Ertheilung der auctoritas und des bloßen consensus bei uns der Form nach kein Unterschied sey, l. c. §. 52. S. 114.

So muß auch der Grundsatz des R. R., daß, wer über jemanden die Tutel geführt hat, sich vor der Führung der cura über dieselbe Person excusiren könne, h. z. T. nach der obwohl bestrittenen, aber gewiß richtigeren und consequenteren Meinung der angesehensten neueren Rechtsgelehrten für unanwendbar erachtet werden, vielmehr die einmal angenommene Vormundschaft bis zu ihrem gesetzlichen Ende fortbestehen, s. Kraut l. c. II. S. 163. Glück l. c. Bd. XXX. S. 75. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 319. not. d. — Rudorff Recht d. Vormundschaft Bd. I. S. 116. Gründler Polemik des Germ. R. Th. III. §. 604. Puchta Pandekten §. 330. no. 17. — Nicht minder verschwindet fast ganz der Unterschied, welchen das römische Recht in Beziehung auf die Vormundschaft der Mutter macht, indem bei ihr überall nur von der Tutel und nicht auch von der Curatel die Rede ist, in den deutschen Rechten da, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, von selbst, s. Glück P. R. Bd. XXIX. S. 58., aber auch übrigens in so ferne das Verhältniß der Mutter vielmehr als Fortsetzung des elterlichen Verhältnisses erscheint, daher besondere Landesgesetze ihr nur die Erbittung eines Mitvormunds zur Pflicht machen. S. 623. Fr. 5.

Die Meinung Einiger, daß die römischen Strafen wegen unterlassener petitio tutoris h. z. T. nicht mehr Anwendung finden, weil die Reichspolizei-Ordnung die Vormundsbestellung zur Obliegenheit der Behörde mache, ist von den meisten Rechtsgelehrten verworfen, weil ja auch im römischen Recht unter gewissen Umständen die Obrigkeiten von Amtswegen zur Bestellung von Vormündern verpflichtet waren, s. Glück P. R. Bd. XXX. S. 93., aber dennoch die Pflicht, Vormünder zu erbitten, allgemein vorgeschrieben war, s. Glück Bd. XXIX. S. 139 ꝛc. §. 1327. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen d. deutsch. Rechts. Bd. I. S. 279. S. 622. Fr. 2.

Digitized by Google

Daß die Mutter von der Erbfolge ihrer Kinder, wenn diese in der Unmündigkeit gestorben sind, auszuschließen sey, falls sie in der vorgeschriebenen Jahresfrist keinen Vormund für dieselben erbeten hätte, ist durch das Novellenrecht nicht, wie einige Rechtslehrer glauben, aufgehoben, s. Glück l. c. §. 1326.

S. 622. Fr. 4. Eine tutela pactitia kennt das r. R. nicht, verbietet sie auch nicht; Thibaut (im System §. 400. d. 8. Ausg. u. §. 795. d. 9. Ausg.) glaubt gleich wohl ihre Zulässigkeit aus dem Grund verneinen zu müssen, weil ein solcher Vertrag auch das Kind obligiren soll, ein Dritter aber durch Verträge nicht obligirt werden könne. Dagegen ist aber zu erinnern, daß dies nur von obligatorischen Verträgen gelte, aus einem Vertrag, worin eine Vormundschaft angeordnet ist, wird aber das Kind eben so wenig als durch die testamentarische Anordnung vertragsweise obligirt, sondern vermöge des väterlichen Rechts, seinem Kinde einen Vormund zu ernennen, welches der Vater in der Form eines Vertrags eben so gut als in der eines Testaments ausüben kann. Mittermaier im deutsch. Privatr. Bd. II. §. 418. (368.) hält zwar dafür, daß eine vertragsmäßige Vormundschaft sich als gemeinrechtlich anerkannt nicht nachweisen lasse, allein nicht nur erkennen mehrere deutsche Landesgesetze, s. Kraut l. c. I. S. 272., die vertragsmäßige Vormundsbestellung ausdrücklich an, sondern man kann sie bei dem Zeugniß der überwiegenden Zahl der Schriftsteller, s. Kraut l. c. S. 271. not. 13. u. Glück P. R. Bd. XXIX. S. 170. not. 5., auch wohl überhaupt in gemeinen deutschen Rechten und Gewohnheiten begründet erkennen. Darüber, daß die vertragsmäßige Vormundschaft der gesetzlichen und Dativ-Curatel vorgehe, ist man einverstanden, zweifelhaft ist es, ob sie auch der testamentarischen alsdann vorgehe, wenn der Vertrag früher errichtet ist, als das Testament; Kraut l. c. hält es für eine quaestio facti, ob die Absicht des Vertrags dahin gegangen sey, dem Vormund ein eigentliches Recht einzuräumen, oder nur sich seiner Annahme der Vormundschaft zu versichern. Das Letztere wird wohl meistens der Fall seyn, daher mehrere Rechtsgelehrte der Meinung sind, daß der vertragsmäßige Vormund kein unwiderrufliches Recht erhalte, s. Rudorff Recht der Vormundschaft I. 337. Mittermaier l. c. Glück l. c. S. 172.

Fr. 5. Daß die Mutter nach röm. Recht durch Wiederverehelichung das Recht der Vormundschaft über ihre erstehelichen Kinder verlieren soll, ist in Deutschland nicht gemeines Recht geworden, vielmehr hängt es meistens eben so, wie nach der Sächsischen Vorm.-Ordn. Cap. VI. §. 11. vom obrigkeitlichen Ermessen ab, ob der Mutter noch in der

Digitized by Google

zweiten Ehe die Fortführung der Vormundschaft zu gestatten sey, s. Glück P. K. Bd. XXXII. S. 159. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 422. (372.). Kraut l. c. II. S. 128. — Daß selbst eine minderjährige Mutter Vormünderin ihrer Kinder werden könne, behauptet Danz im Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 146. v. Lynker v. d. Vormundschaftsbestellung §. 18. S. 49. mit dem Beisatz, daß der Richter höchstens nach Befinden der Umstände befugt sey, einen Mitvormund, — vorzüglich soviel die Vermögensverwaltung betrifft, zuzuordnen.

Da das Recht, einen Vormund zu bestellen, beim Vater und väterlichen Ascendenten nicht als ein Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtet werden kann, sondern auf der Vermuthung beruht, daß ihnen das Wohl der Kinder am meisten am Herzen liege, so stehen sich in dieser Beziehung Vater und Mutter ganz gleich, s. Kraut l. c. S. 261. Es ist daher wohl anzunehmen, daß der Mutter ohne besondere Gründe die Tutel vom Vater nicht entzogen werden kann, und wenn der Vater auch einen testamentarischen Vormund ernannte, es nur von der Erwägung der Vormundschaftsbehörde abhange, wem sie den Vorzug geben, oder ob sie der Mutter den testamentarischen Vormund an die Seite setzen will, s. Mittermaier l. c. §. 418. (368.). Ueber die verschiedenen Meinungen, s. Glück P. K. Bd. XXIX. S. 56. Unter diesen ist diejenige besonders zu bemerken, nach welcher der Mutter zwar nicht das Erziehungsrecht, wohl aber das Verwaltungsrecht vom Vater entzogen werden könne, ausgenommen, wenn sie mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte, s. Danz Handb. Bd. VII. S. 144. Eisenhart in Hagemann u. Günthers Archiv Th. II. S. 210. S. 623. Fr. 6. Zeile 1. statt Beziehung lies: Entziehung. S. 623. Fr. 6.

Die Civilstrafbestimmung in Nov. 72. hielt 1840. das O. A. G. Kassel zwar für in Deutschland recipirt, es legte aber dem Mündel den Beweis auf, daß der Vormund geflissentlich die Existenz der Schuld verschwiegen habe Strippelmann Entsch. II. S. 50. S. 624. Fr. 8.

Zur Vorbringung der Excusationsgründe ist im R. R. zwar ein 50tägiger Termin bestimmt, aber h. z. T. beruht sie insgemein auf dem arbitrio judicis, s. Rudorff Recht der Vormundschaft Bd. II. § 101. Kraut die Vormundschaft Bd. I. S. 243. Die Excusation muß immer vor der obrigkeitlichen Bestätigung angebracht werden, insbesondere auch von einem Vormund, welcher auf eine mangelhafte Weise letztwillig ernannt ist, s. Kraut l. c. S. 244. S. 630. Fr. 22.

Darüber, ob auch der *tutor honorarius* der obervormundschaftlichen Bestätigung bedürfe, sind die Meinungen getheilt. — Bejahend ent- S. 630. Fr. 23.

Digitized by Google

scheidet Leyser Sp. 329. Corol. 2. Glück P. R. Bd. XXIX. S. 310. Kraut die Vormundschaft. Bd: I. S. 240.

S. 631. Fr. 29. Während nach dem römischen Recht die Obrigkeit zur Veräußerung unbeweglicher Sachen des Mündels nur im Falle der Nothwendigkeit ihre Erlaubniß ertheilen darf, gestatten die Particularrechte so allgemein ihr dies schon dann, wenn die Veräußerung nur offenbar zum Nutzen des Mündels gereicht, daß man wohl berechtiget ist, hierin die Anerkennung eines deutschen gemeinen, von dem römischen Recht abweichenden Gewohnheitsrechts zu finden, obgleich allerdings die meisten Juristen auch hier in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift des Particularrechts das römische Recht zur Anwendung bringen wollen, s. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen d. deutsch. Rechts II. S. 145 ꝛc.

S. 632. Fr. 30. Des Vormunds Pflicht von durch Müssiglassen von Baarschaft vernachlässigten Zinsen dem Mündel wiederum Zinsen zu gewähren, ward von dem A. Ger. Dresden um deswillen bezweifelt, weil c. 28. C. 4. 32. u c. 3. C. 7: 54. allgemein sprechen, und der Grund der Dissentienten (Glück XXI. S. 119. XXX. S. 348.), als sey der Vormund hier eine doppelte Person, unrichtig erscheint, weil es immer blos die Eine physische Person des Vormundes ist, welche ex negligentia haftet, und weil man sonst folgerecht ihn auch als verbunden erachten müßte, von solchen Zinsen, die er bei Dritten einzuziehen versäumte, anderweit Zinsen zu geben, was aber in den Bestimmungen in l. 7. §. 12., l. 15. D. 26. 7. und l. 95. §. 10. D. 46. 3. nicht vorkommt. Wochenbl. f. Rfälle 1841. S. 131.

S. 632. Fr. 31. In Ermangelung einer väterlichen Willensäußerung über die Art der Erziehung des Mündels hat der Vormund vor allen Andern der Mutter desselben die Erziehung anzuvertrauen, vorausgesetzt, daß sie überhaupt zur Besorgung derselben fähig sey. Nächst der Mutter hat er vorzugsweise den übrigen Verwandten des Mündels die Erziehung desselben zu übertragen. Vgl. Fr. 5., nach welcher Ordnung die Vormundschaft den Verwandten deferirt wird. Burchardi gemeinrechtliches Erziehungsrecht im Archiv f. civil. Prax. Bd. 8. S. 169. Daß dem Vormund selbst, — wenn er gleich als nächster Verwandter des Pupillen durch die Aussicht auf dessen Erbschaft einem Verdacht unterliegen könnte, weshalb l. 2. C. 5. 49. Vorsicht beobachtet wissen will, alsdann, wenn niemand vorhanden ist, der einen näheren Anspruch auf die Erziehung des Mündels hat, diese überlassen werden kann, ist in Deutschland wohl nie bezweifelt worden, s. Kraut l. c. II. S. 130.

Digitized by Google

Die meisten Particularrechte geben dem Vormund, wenn die Vermögensumstände des Mündels es zulassen, das Recht auf eine Vergütung (Honorar, Salar) Anspruch zu machen, die dann der Richter bald gleich bei Uebertragung der Vormundschaft, bald am Schlusse eines jeden Rechnungsjahrs, bald aber auch erst nach Beendigung der Vormundschaft festzusetzen hat; z. B. in Bayern gemeiniglich $\frac{1}{10}$ der Einkünfte der Pupillen, s. Kreittmair Anmerk. zum Cod. Max. Civ. P. I. Cap. 7. §. 15. no. 5. nach der Hess.-Cass. Vorm.-Ordn. v. 1767. §. 9. jährlich 4 Proz. der Einnahme, nach d. Oesterreich. Gesetzb. §. 266. nie mehr als 5 Proz. der reinen Einkünfte, nach der Bremer Vorm.-Ordn. v. 1826. §. 31. 4 Proz. des Reinertrags, nach der Hamburger V.-O. v. 1831. §. 75. nicht über 2 Proz. von dem Kapital des Pupillen, nach der Schwarzburg-Rudolstädter V.-O. v. 1818. §. 32., je nach dem die Verwaltung mit mehr oder weniger Beschwerden verbunden ist, 1—2—3 Proz. vom Einkommen. Eine Würtembergische Verordn. v. 14. März 1809., s. Stein über Vormundsch. S. 257 — 270., enthält ein ausführliches Regulativ über die Größe der Belohnung nach Verhältniß d. Vermögens, s. Kraut die Vormundschaft II. S. 162. S. 633. Fr. 35.

Wenn der Vormund ein Eigenthum des Mündels in öffentlichem Aufstrich kauft, so wird nach einem Erk. d. O. Tr. in Stuttgart, s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 29., die Beiziehung eines Mitvormunds (curator ad hoc) nicht für nöthig erachtet. S. 633. Fr. 36.

Daß die vom Schuldner an den Vormund seines Gläubigers ohne richterliches Decret geleisteten Zahlungen nicht ungültig, sondern nur unsicher seyen, weil der Minderjährige Restitution dagegen erlangen könne, ist von mehreren obersten Gerichtshöfen angenommen, s. Archiv für die Praxis des im G. H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. I. H. I. S. 51. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. Nr. 31. nebst dem dort angeführten Erkenntniß des O. A. G. in Celle. So kann auch im deutschrechtlichen Vermögensbesitz des überlebenden Ehegatten, der Mutter ein unbeschränktes Verwaltungsrecht, welches sie auch zu Erhebung und Cession der Capitalien ermächtigt, nicht abgesprochen werden, s. Maurenbrecher Lehrb. d. gem. deutsch. Rechts. Bd. IV. S. 108 ꝛc. S. 633. Fr. 38.

Zum Empfang von Capitalzahlungen wird dem Vormund jedoch gewöhnlich die Nachsuchung obrigkeitlicher Autorisation zur Pflicht gemacht, indem derselbe im röm. Recht der Veräußerung gleich gestellt wird, s. Rudorff Recht der Vormundschaft II. §. 143. Die Kursächsische Vorm.-Ordn. v. J. 1782. hat diese Bestimmung nur bei Capi-

Digitized by Google

talzahlungen über 100 Thlr. beibehalten, und mehrere neue Vormundschaftsordnungen haben, weil auf diese Weise der redliche Zahler leicht in Schaden kommen kann, vorgeschrieben, daß der Vormund zur Empfangnahme der Zahlung keines solchen Decrets bedürfe, und auch den Pfleglingen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Schuldner, welcher dem Vormund Zahlung geleistet hat, zu Gute kommen soll, s. Kraut l. c. II. S. 150. Die h. z. T. gewöhnliche alljährliche Rechnungsablage unter obervormundschaftlicher Revision und Approbation wird indessen in den meisten Fällen den Schuldner nicht minder liberiren, s. Hagemann l. c.

Zur Veräußerung von Staatspapieren ist ohne Zweifel ein obrigkeitliches Decret erforderlich.

S. 635. Fr. 43. Nach dem römischen Recht braucht der Vormund die ihm erlaubte Veräußerung des Pupillenguts nicht nothwendig durch öffentliche Subhastation vorzunehmen, sobald er nur den wahren Werth dafür zu erlangen strebt, Rudorff l. c. Bd. II. S. 425. In Deutschland wird jedoch die Beobachtung derselben von vielen Juristen für nothwendig gehalten. Bei beweglichen Sachen ist dieses, wie Kraut l. c. II. S. 148. lehrt, sogar gemeines Recht geworden, bei unbeweglichen will er es gleichwohl nicht für einen gemeinrechtlichen Grundsatz erkennen, wenn gleich der Gerichtsbrauch auch bei ihnen die Subhastation häufig verlangt, denn viele Particularrechte erfordern dieselbe entweder überhaupt nicht, oder doch nur bei Gütern von höherem Werth, und ein innerer Grund ist nicht vorhanden, da bei solchen Sachen, wie die tägliche Erfahrung lehrt, der wahre Werth durch Subhastation nicht immer ausgemittelt, und beim Privatverkauf oft ein viel höherer Preis erlangt werden kann.

S. 637. Fr. 51. Nach der heutigen Verfassung des Vormundschaftswesens darf der Vormund nichts wichtiges vornehmen, ohne vorher bei der obervormundschaftlichen Behörde angefragt zu haben. *) Jene Behörde ist dann zunächst verantwortlich, wenn der Vormund ihrem Beschlusse gemäß gehandelt hat. Allein meistens gehört die erste Einleitung und Vorprüfung des Geschäfts zum Kreise seiner Thätigkeit, deren Resultat er der obervormundschaftlichen Behörde vorlegen muß, und wenn er hierin et-

*) Nach deutschen Particularrechten, obwohl wie Kraut l. c. II. S. 132. dafür hält, nicht gemeinrechtlich, ist daher dem Vormund auch zur Führung eines Processes für den Mündel die Einholung des obervormundschaftlichen Consenses nöthig, was nach römischem Recht nicht erforderlich war.

Digitized by Google

was versäumt, so kann er auch seiner Seits zur Verantwortung gezogen werden.

Der Vormund kann aber auch da, wo er nicht verpflichtet ist, einen obervormundschaftlichen Beschluß einzuholen, bei der Obervormundschaftsbehörde um Belehrung nachsuchen. In einem solchen Fall kann er dadurch, daß er willkührlich um Belehrung nachsucht, und dieser gemäß handelt, keineswegs die Verantwortlichkeit von sich abwälzen, und sie auf jene Behörde übertragen. Die Erklärung der Obervormundschaft erscheint hier nur als ein Rath, für welchen sie nur soweit verantwortlich ist, wie jeder andere Rathende, Kraut l. c. II. S. 95. Mittermaier im civil. Archiv Bd. 16. S. 230.

Der hier aufgestellte Satz, daß der Vormund für die von seinem Vorgänger ausgeliehenen Capitalien nur culpam in exigendo, und zwar in der Regel nur culpam latam zu prästiren habe, wurde von dem O. A. G. in Dresden auch auf den Kirchenpatron angewendet, s. Sächs. Zeitschr. IV. S. 176. S. 638. Fr. 57.

Unbedingte Zulassung der Restitution, ungeachtet obervormundschaftlicher Confirmation des Geschäfts, statuirt auch das O. A. G. in Jena, s. Emminghaus Sächsische Pandekten S. 108. Nr. 28. in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes, daß Confirmation die Natur des Geschäfts selbst nicht ändert. Auch nach R. R. ist dem Minderjährigen die rest. in integr. gelassen in Fällen, wo ein decretum de transigendo nothwendig war, l. 11. C. 5. 71., die hinsichtlich der Zahlungen in l. 2. 5. C. 5. 37. vorkommende Ausnahme muß als solche streng erklärt werden. A. M. ist Kraut l. c. II. S. 151. Er behauptet nämlich, das römische Recht habe das ältere deutsche in der Lehre von Veräußerung des Mündelguts in so ferne verdrängt, daß, wenn die gesetzlichen Erfordernisse bei der Veräußerung beobachtet sind, der Mündel nach erreichter Volljährigkeit dieselbe nicht weiter anfechten darf, er müßte denn eine Läsion nachweisen können, und wegen derselben um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen berechtiget seyn. S. 639. Fr. 61.

Eine Bestimmung des Erblassers oder Vaters, wodurch dem Vormund die Rechnungslegung erlassen ist, kann gleich wohl nicht die allgemeine Aufsicht der Obrigkeit über den Vormund ausschließen. Dieselbe muß daher, wenn dringende Gründe dazu vorliegen, dessen ungeachtet für berechtiget erachtet werden, auch während der Dauer der Vormundschaft von dem Vormund Rechnungsablegung zu verlangen, s. Kraut l. c. II. S. 154. oder wie das Preuß. Landr. Th. II. Tit. 18. §. 694 S. 640. Fr. 64.

Digitized by Google

desfalls zweckmäßig bestimmt, dem Vormund einen Nachweis über die Substanz des Vermögens abzufordern.

E. 640. Daß, wie Rudorff l. c. II. S. 478. und v. Buchholz in den Fr. 65. kritischen Jahrb. von Schneider und Richter v. J. 1844. S. 151. annimmt, der Vormund, welcher Gelder des Pupillen in eigenen Nutzen verwandt hat, wenigstens 6 Proz. dafür zu vergüten habe, ist, schwerlich zuzugestehen, denn die römischen Gesetze sprechen immer nur von usurae legitimae oder maximae, der gemeine Zinsfuß in Deutschland ist aber nach §. 174. d. R. A. v. J. 1654 und Tit. 17. §. 1. d. Reichspolizei-Ordn. v. J. 1755, höchstens 5 Proz., s. Kraut l. c. II. S. 141.

Fr. 74. In Ansehung der Frage: ob auch dem prodigo das gesetzliche Pfandrecht an dem Vermögen seines Curators zustehe, ist für die verneinende Meinung anzuführen: Rudorff das Vormundschaftsrecht Bd. III. §. 176., not. 3. welcher in den römischen Gesetzen *) nur das privilegium exigendi für denselben begründet findet.

Ueber Beendigung der Vormundschaft.

E. 642. Durch Verehlichung des minderjährigen Pflegbefohlnen wurde nach röm. Recht die Vormundschaft nicht beendigt, s. Glück P. K. Bd. XXXI. S. 155, wohl aber nach dem älteren deutschen Recht, s. Kraut l. c. II. S. 89. not. 10—12. Die neueren Gesetzgebungen sind theils diesem, theils jenem gefolgt. Die meisten legen jedoch nur bei dem weiblichen Mündel der Verehlichung die Wirkung bei, daß durch sie die Altervormundschaft sich endige, manche aber auch nur dann, wenn irgend eine Art des deutschen ehelichen Güterrechts unter den Ehegatten statt findet, l. c. S. 173. Fragt man nun, was h. z. T. in Ermangelung von Particular-Gesetzen als die gemeinrechtliche Regel zu betrachten sey, so findet man sich gewöhnlich auf das römische Recht verwiesen, s. Runde, Eichhorn und Mittermaier im deutsch. Privatr., was aber bei der Verschiedenheit des deutschen vom römischen Vormundschaftswesen nicht wohl angehen kann. Da nach diesem die Tutel nur bis zur Pubertät dauerte, impuberes aber gar nicht fähig waren, eine Ehe einzugehen, so konnte die Frage gar nicht entstehen, ob durch Verheirathung die Tutel beendigt werde. Die Reichspolizei-Ordnungen verordnen allerdings indistinct, daß die Pupillen und minderjährigen Kinder jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder

*) In dem Citat ist übrigens ein Druckfehler zu berichtigen, indem es anstatt l. 5. §. 6. C. de curat. furiosi heißen muß: l. 7. §. 5. C. h. t.

Digitized by Google

haben sollen. Allein die Reichspolizei-Ordnungen fanden die deutsche Gewohnheit schon vor, daß die Einwilligung in die Ehe eines Unmündigen von Seite des Vaters, eines sonstigen Ascendenten oder des Vormunds zugleich als eine Mündigsprechung angesehen wurde, welche dann dieselbe Wirkung haben mußte, wie die vom Regenten ertheilte venia aetatis. Daß die Reichspolizei-Ordnungen den Grundsatz des deutschen Gewohnheitsrechts: „alle verheiratheten Mannspersonen sind schon als solche ohne weiteres von der Altersvormundschaft frei," durch ihre vorerwähnten Bestimmungen nicht haben außer Kraft setzen wollen, scheint daraus hervorzugehen, daß bis auf die neueren Gesetzgebungen alle Rechtsquellen, welche sich überhaupt über diesen Gegenstand aussprechen, diesen Grundsatz ausdrücklich bestätiget haben, ohne auch nur, wie es in ähnlichen Fällen doch häufig geschieht, dabei zu gedenken, daß er von jener Vorschrift abweiche, und ohne zu behaupten, daß diese damit in Widerspruch stehe, was sich kaum erklären ließe, da man zur Zeit der Erlassung der Reichspolizei-Ordnungen und bald nachher sich in dieser Beziehung doch gewiß weit besser bewußt war, was sie eigentlich beabsichteten, als in späteren Zeiten.

Bei den Weibern lag der Grund, weshalb sie nach den Grundsätzen des deutschen Rechts durch die Verheirathung von der Altersvormundschaft frei werden, unstreitig darin, daß die Frau nach dem älteren deutschen Rechte durch die Verheirathung immer unter die Vormundschaft ihres Mannes kam, und neben dieser eine Altersvormundschaft über sie in der That nicht fortbestehen konnte. Aus diesen Gründen vertheidigt Kraut l. c. II. S. 174 ꝛc. den Grundsatz, daß durch die Verheirathung die Altersvormundschaft stets beendigt werde, als gemeinrechtlich. Seine Zweckmäßigkeit leuchtet wohl von selbst ein.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zum Zweiten Bande.

Erste Abtheilung.

I.

Besitz- und Sachenrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vom Besitz.

Daß der Besitz dem Mandanten vom Augenblick der Besitzergreifung seines Mandatars, ohne daß er — den Verjährungsbesitz ausgenommen — besondere Wissenschaft von der Besitzergreifung zu haben braucht, erworben werde, darüber waltet kein Zweifel ob. Was aber vom einfachen Bevollmächtigten gilt, soll von dem procurator universorum bonorum nicht angenommen werden können, denn der animus des Vertretenen müsse speciell auf den Besitzerwerb gerichtet seyn, Paul. V. 2. §. 1. possessionem acquirimus animo utique *nostro*; corpore vel nostro vel alieno — und da in dem Auftrag des procurator omnium bonorum nicht besonders dieser einzelne Erwerb enthalten sey, so könne dem dominus erst mit seiner Ratihabition der Besitz erworben werden. Vorzügliches Gewicht wird für diese Behauptung auf die in Pauli rec. sent. L. 5. tit. 2. §. 2. dem Satz: per procuratorem adquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est, beigefügte Einschränkung gelegt: absente autem domino comparata non aliter ei quam si rata sit, quaeritur, indem diese Stelle im Zusammenhang nur vom procurator absentis, insbesondere also von dem procurator bonorum, den man für die Zeit der Abwesenheit bestellt hat, verstanden werden könne. So urtheilt v. Savigny im Recht des Besitzes §. 26., desgleichen Puchta Vorlesungen Bd. I. S. 260., dieser jedoch mit dem Beisatz: „auf der anderen Seite ist nicht zu viel auf das Erforderniß des speciellen Auftrags zu legen: nicht nothwendig ist Kenntniß des Mandanten von der Sache, sondern dem Procurator kann die Auswahl überlassen seyn.“ S. 14. Fr. 1.

Diesem Ergebniß der Theorie tritt gleichwohl die Praxis in einem Erkenntniß des O. A. G. in Oldenburg (s. Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 125) geradezu entgegen, indem darin entschieden wird, daß auch durch einen Universalmandatar die ignorantis possessio möglich sey. Durch die beigefügte Beziehung auf Thibaut Pand. §. 215. und Mühlenbruchs Pand. §. 236. möchte diese Entscheidung wohl nicht zu

Digitized by Google

rechtfertigen seyn, denn beide Schriftsteller haben nur den Fall vor Augen, si ex mandato possessio acquiritur, also ein auf die Besitzergreifung gerichtetes Mandat. Auch scheinen die Entscheidungsgründe nicht vollwichtig. Es wird nemlich gesagt: „wer ein universelles „Mandat ertheilt, erklärt damit von vorn herein, daß er alle Handlungen will, welche der Mandant für ihn vornehmen sollte; erklärt damit also auch, daß er jeden Besitz erwerben will, den der Mandatar „für ihn ergreifen sollte. Wäre dies nicht richtig, so könnte durch einen Universalmandatar gar kein Vertragsverhältniß für den Principal begründet werden, denn zum Abschluß eines Vertrags ist der „übereinstimmende Wille beider Contrahenten nöthig, welcher im Betreff der einzelnen Verträge des Mandatars auf Seiten des Principals offenbar nicht vorhanden wäre, wenn er nicht eben in der Ertheilung des Universalmandats gefunden werden müßte. Nur weil „der Wille des Principals in dieser Mandatsertheilung gefunden werden mußte, fanden die Römer sich veranlaßt, dem dritten Contrahenten die act. institoria und quasi institoria gegen den Principal „zu geben."

Diese Argumentation scheitert aber gänzlich an der unläugbaren Wahrheit, daß der Erwerb des Besitzes in den Gesetzen an andere Regeln gebunden ist, als der Erwerb von Rechten. Der animus domini ist die Seele des juristischen Besitzes; ihn muß der juristische Besitzer in Wahrheit selbst haben, nur für seine Verwirklichung ist eine Vermittelung durch Andere möglich. Abgesehen übrigens davon, daß die hier in Widerspruch mit der Theorie — welche die Gewerbsführer als eine eigenthümliche Art der Bevollmächtigten durchaus von den gewöhnlichen Bevollmächtigten unterscheidet — versuchte Gleichstellung eines Gewerbsvorstehers mit einem procurator, insbesondere einem procurator omnium bonorum manches Bedenken erregt, muß jedenfalls behauptet werden: daraus, daß man aus den Handlungen des Generalbevollmächtigten die actio institoria gegen den Principal erwirbt, folgt nicht, daß man kraft eines Universalmandats den Besitz erwerben könne. Es fragt sich nur, ob man durch ihn den Besitz direkt erwerbe? Indem man aber die act. institoria erwirbt, erwirbt man nicht direkt eine obligatio gegen den Principal, dieser wird nicht direkt durch den institor verpflichtet, sondern die Verpflichtung des institor erhält nur eine indirekte Beziehung auf den Präponenten. Hieraus folgt also gar nicht, daß man kraft eines Universalmandats direkt Besitz erwerben könne. Indem der Urtheilsverfasser das Bedürfniß des Lebensverkehrs oder der Praxis für seine Meinung geltend macht, ist zu bemerken,

Digitized by Google

daß diesem Bedürfniß wohl in anderer Weise wird genügt werden können, wenn man nemlich bei der Tradition als Besitzüberlieferung von dem Grundsatz ausgeht, daß es zur Wirksamkeit der Tradition nicht unerläßlich gehöre, daß der Wille auf eine bestimmte Person gerichtet sey. Wenn der bisherige Eigenthümer will, daß seine Sache an irgend Jemand gelange, der sie haben wolle, so genügt dieses, um Jeden, der in Gemäßheit dieses Willens sie mit dem Eigenthumserwerbswillen apprehendirt, zu ihrem Eigenthümer zu machen. Hieraus folgt nothwendig; wenn der Eigenthümer seine Sache einem Stellvertreter als solchem tradirt, mit dem Bewußtseyn, daß er Stellvertreter, aber ohne zu wissen, wessen Stellvertreter er sey, so macht er dadurch den Vertretenen unmittelbar zum Eigenthümer, s. v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts. H. 2. S. 208. Noch einen Schritt weiter geht Puchta in s. Vorlesungen §. 148. u. kl. civil. Schriften Nr. XXXII., indem er behauptet: auch wenn der Eigenthümer einer Person tradire, von der er nicht wisse, daß sie in fremdem Namen handle, dabei aber es ihm gleichgültig sey, ob durch die Tradition das Eigenthum an sie, oder durch sie an irgend einen Dritten gelange, erwerbe doch durch diese Tradition derjenige das Eigenthum unmittelbar, in dessen Auftrag und für den der Apprehendent die Sache empfange.

Richter in den krit. Jahrb. 1837. S. 82. behauptet: Nach §. 5. J. 2. 9. — l. 1. C. 7. 22. kann das Eigenthum durch fremde, unserer Gewalt nicht unterworfene Personen nicht erworben werden; wohl aber der Besitz, der mittelst der Verjährung zu dem Eigenthum den Weg bahnt, vorausgesetzt, daß der Dritte in unserem Namen den Besitz ausübt, und wir seine Handlung genehmigen, was schon in dem Antrag auf ein Interdict liegt. Unterholzner Entw. d. Verjährungslehre Bd. II. S. 131.

Wenn juridische Personen Servituten vermöge Verjährung behaupten, so spricht für erstere der Umstand, daß die Repräsentanten eine besonders lange Zeit hindurch das fragliche Recht ausübten, auch in so weit, daß an der allerdings auch hier nöthigen scientia der Verwaltungsbehörde nicht gezweifelt werden darf, weil man sonst eine grobe Nachlässigkeit derselben widerrechtlich voraussetzen müßte, s. Nehrhoff Arch. I. S. 180., vgl. Plenarbeschluß d. O. Tribunals in Berlin v. 1852. in Emminghaus Corp. jur. Germ. II. S. 186.

Zur Tradition durch Ablieferung der Schlüssel erfordert bekanntlich l. 74. D. 18. 1., daß sie in re praesenti geschehe. In einem Ao. 1844. verhandelten Fall, wo dies in Frage kam, erkannte das O. A. G. in Dresden; der Natur der Sache nach sey freilich die S. 16. Fr. 3.

Digitized by Google

Gegenwart des verschlossenen Behältnisses, oder besondere Hinweisung im Allgemeinen von Gewicht, weil aber das „apud horrea“ in l. 74 cit. nicht als vorgeschriebene Solennität, und in §. 45. J. 2. 1. — l. 9. §. 6. D. 41. 1. gar nicht vorkommt, so sey nach l. 18. §. 2. D. 41. 2. anzunehmen, daß jenes Requisit alsdann ersetzt wird, wenn sonst Merkmale vorliegen, daß die Partheien die erkaufte Sache als in die Bewahrung des Käufers gelangt sich dachten, z. B. im Contracte sagten: das erhandelte Getraide sey a dato Eigenthum des Käufers; er habe die Schlüssel zum Boden, weil es habe umgestoßen werden müssen, nicht annehmen wollen, bekenne aber nunmehr den Empfang des Schlüssels, s. Sächs. Zeitschr. V. S. 95.

In einem anderen Ao. 1835. entschiedenen Fall legte derselbe Gerichtshof, als aus einer Concursmasse eine erkaufte Bibliothek vom Käufer vindicirt, und ein Contract, worin erwähnt war, daß die Schlüssel zu dem Bibliothekzimmer dem Käufer zum Zeichen der förmlichen Ueberweisung überliefert worden seyen, producirt ward, das Gewicht zum Nachtheil des Käufers darauf, daß nicht erhelle, ob Schlüsselabgabe in Gegenwart der Bibliothek erfolgt, vorzüglich aber darauf, daß klar hervorgehe, wie jene Uebergabe der Schlüssel eben bloße Formalität gewesen; indem der Verkäufer sich verpflichtet habe, annoch einen Katalog zu fertigen, was er ohne Zugang zu dem Zimmer nicht im Stande war, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1843. S. 267.

S. 20. Fr. 8. Die Besitzklage aus einer Besitzstörung, — nahm 1851. das O. A. Ger. Jena an, — kann, sofern von einem jus in re aliena die Frage, z. B. Nutzung eines Gemeindegrundstücks gegen feste Abgaben, von einem Gutskäufer nicht auf die „Gutsübergabe, welche der Verkäufer ihm geleistet,“ gegründet werden, wenn auch der Käufer den vom Verkäufer stets geschehenen Bezug jener Nutzung behauptet. Es bedürfte eines speciellen Besitzactes des Klägers. Die Tradition hat, was den animus anlangt, andere Voraussetzungen bei dem Eigenthumsbesitz, und andere bei dem Besitz dinglicher Rechte anderer Art: Savigny Besitz. Ausg. 6. S. 576.

Quasi possessio jurium.

S. 21. Fr. 9. In Beziehung auf solche Prädialservituten, bei welchen die Rechtsausübung in einzelnen vom Berechtigten auf der dienenden Sache vorzunehmenden Handlungen besteht, findet sich nirgends eine Gesetzstelle, welche dafür spräche, daß es erlaubt sey, ein der Ausübung der Servitut entgegenstehendes Hinderniß zu beseitigen. Z. B. der Eigenthümer eines Ackers hatte auf demselben einen breiten Graben aufwerfen lassen, um die Besitzer anderer Grundstücke am Darüberfahren zu ver-

Digitized by Google

hindern. Diese aber warfen den Graben wieder zu, und fuhren neuerdings darüber. Vergebens beriefen sie sich gegen die darauf wider sie erhobene Klage darauf, daß das Zuwerfen des Grabens nur erlaubter Schutz im Besitz gewesen sey. Gegen Veränderungen auf dem dienenden Grundstücke, welche die fernere Ausübung der Servitut gefährden, ist dem Inhaber einer Fahrgerechtigkeit sogar die operis novi nunciatio versagt, wie viel mehr also die Selbsthülfe. Er muß vielmehr, um eine Inhibition der nachtheiligen Unternehmung zu bewirken, sein Recht nachweisen, s. Erkenntn. d. O. A. G. zu Wiesbaden in Flach Entscheid. Th. I. S. 5.

Daß bei Weiderechten ein possessorisches Rechtsmittel statt finde, was v. Savigny im R. d. Besitzes §. 46. bezweifelt, rechtfertigt sich, unserer Behauptung gemäß dadurch, daß unser jetziges Recht nicht blos auf römischen Vorschriften, sondern eben so sehr auf Grundsätzen des canonischen Rechts und der einheimischen Gesetze beruht, nach welchen possessorischer Schutz ohne Unterschied bei allen Gerechtigkeiten, welche durch die Servitutenklagen geschützt werden, um so mehr also bei wirklichen Servituten statt hat; c. 3. 4. 7. X. 2. 12. — I. 6. X. 3. 1. Erk. d. O. A. G. Jena in Emminghaus Pand. S. 419. no. 23.

Das possessorium ist auch gegen den Landesherrn zulässig. — S. 31.
Den Quasibesitz, welchen das canonische Recht dem Pfründner an den Fr. 4.
Einkünften der ihm übertragenen Pfründe beilegt, hat der Gerichtsbrauch auf die Stellen der Staatsdiener übertragen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob solche Einkünfte aus einer bestimmten Sache bezogen worden. Auch wegen factischer Entziehung des übertragenen unständigen Diensteinkommens erscheint daher eine possessorische Klage an und für sich zulässig. Zu deren Begründung gehört, daß in Ansehung derjenigen einzelnen Gebühren, über deren Entziehung geklagt wird, eine wirkliche Rechtsausübung dem Staate gegenüber statt gefunden habe, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 309. Bd. V. S. 463. Strippelmann Erkenntnisse d. O. A. G. in Cassel Bd. III. 1. S. 222. Dagegen finden gegen Verfügungen der Regierungs- und Verwaltungsbehörden, welche eine Ausübung Hoheitlicher Rechte enthalten, auf den Grund des bloßen jüngsten Besitzes keine Klagen wegen darin erlittener Störungen auf Schutz in demselben statt, s. Plenarbeschluß des O. A. G. in Celle, in Emminghaus Corp. jur. Germ. Bd. II. L. 1. S. 46.

Die Abwesenheit der Besitzfehler muß, soviel auch über l. 10. S. 32.
§. 5. gestritten worden, s. Archiv f. civil. Prax. Bd. IV. S. 89. Fr. 5.
Unterholzner Verjährung II. S. 189. Hasse Rhein. Mus. Bd. II. S. 394.

Digitized by Google

Weber Beweisführung ed. Heffter S. 283. nach Sächsischer Praxis bis der, welcher solche behauptet, sie erweist, vermuthet werden, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Ackermanns Rechtsf. N. F. I. S. 144. Eben so das O. A. G. in Cassel in mehreren Urtheilen, s. Strippelmann Entsch. VII. S. 359.

S. 86. Fr. 2. Der Quasibesitz kann, wie der eigentliche Besitz *animo* und *corpore* verloren werden; animo durch den Willen nicht mehr zu besitzen, wobei es gleichgültig ist, ob das äußere Faktum der Ausübung ebenfalls aufhört oder aber fortdauert, corpore nicht schon durch Nichtausübung des Rechts, sondern erst durch die Unmöglichkeit, sich wieder in die beliebige Ausübung des Rechts zu versetzen. Insbesondere

a) in den Fällen, wo sich der Quasibesitz mit der Detention der dem Recht unterworfenen Sache verbindet, geht der Besitz mit der Detention der dienenden Sache verloren.

b) Bei Rechten, welche zur Vornahme einzelner getrennter Handlungen berechtigen, wird der Besitz fortgesetzt vor Allem, so lange der Berechtigte selbst oder durch einen Andern die Handlung vornimmt. Es ist gleichgültig, wer die Handlung vornimmt, wenn sie nur als ein mit dem herrschenden Grundstück verbundenes Recht, also fundi nomine vorgenommen wird, l. 1. §. 7. l. 3. §. 4. D. 43. 19. Aber auch wenn die Ausübung unterbleibt, ist der Besitz noch keineswegs verloren, sondern erst wenn die Ausübung faktisch unmöglich gemacht wird, z. B. wenn der Quasibesitzer durch persönliche Abwehr oder durch eine die Handlung verhindernde Anstalt abgehalten wird.

c) Bei Realservituten, die zur Einrichtung einer mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Anstalt auf dem dienenden berechtigen, z. B. einen Balken in der Mauer des Nachbarn zu haben, wird der Quasibesitz sowohl durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Gebäudes, als auch durch die Veränderung desjenigen Zustandes, in dem die Ausübung besteht, verloren jedoch in letzterem Fall nicht schon durch eine temporäre Veränderung des Zustandes, z. B. wenn wegen einer Reparatur der Balken hinweggenommen wird, sondern erst dann, wenn der Besitzer gehindert ist, nach Belieben jenen Zustand wieder herzustellen.

d) Der Quasibesitz negativer Servituten, z. B. des Lichts, der Aussicht ꝛc. geht verloren entweder durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Guts, oder durch den Eintritt des jenem Vortheil entgegengesetzten Zustandes, also dadurch, daß der Gegner das

Digitized by Google

thut, was er vermöge der Servitut zum Vortheil des herrschenden Grundstücks unterlassen sollte.

e) In Beziehung auf Rechte, deren Inhalt in einer positiven Leistung des Verpflichteten besteht, ist zu bewerken, daß der einmal erworbene Besitz nicht schon dadurch verloren ist, daß die Leistung überhaupt ausbleibt, sondern erst wenn der Verpflichtete die Leistung mit der Behauptung der Freiheit davon wirksam verweigert.

f) Bei allen Fällen des Quasibesitzes, wo die Ausübung in einem Thun des Berechtigten oder des Verpflichteten besteht, kann die bloße Nichtausübung nur dann den Verlust des Besitzes bewirken, wenn sie eine gewisse Zeit hindurch fortgedauert hat. So namentlich bei den Servituten, abgesehen von den servitutes praediorum urbanonorum, bei denen von der anderen Seite eine libertatis usucapio hinzukommen muß, s. Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 71., vgl. Seite 312. Fr. 3. von Endigung der Servituten, u. Seite 318. Fr. 13. —

Von den Rechtsmitteln in Betreff des Besitzes.

In einem Erk. d. O. A. G. Jena v. J. 1842 wurde ausgesprochen: die eigenthümlichen Grundsätze, welche das römische Recht über das interd. de itinere actuque privato enthält, sind auf das poss. summariissimum nicht anwendbar. Die C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 1 — 3. bestimmt, daß letzteres nicht allein wegen Besitzes von Gütern, sondern auch wegen Besitzes von Gerechtigkeiten statt finden soll; es sind die Grundsätze, welche überhaupt vom Besitze gelten, maasgebend. Gar wohl kann also der, welcher eine serv. viae bis 1839 ausgeübt hat, 1842 auf dessen Schutz antragen. Durch Nichtausübung wird, wenn keine dejectio oder ein animus derelinquendi hinzutritt, der Besitz nicht bei dergleichen Rechten verloren, l. 1. §. 24. 25. D. 43. 16. Die einjährige Verjährung bezieht sich nur auf den vollen Schadenersatz: l. 1. pr. D. 43. 17. — l. 4. D. 43. 1. kann auch hier nicht eintreten, weil die Voraussetzungen der Verjährung, Widerspruch des Gegners und Beruhigung dabei, fehlen. Der Wegberechtigte war also fortwährend Besitzer. Da der Wegleidende ein Mandat gegen ihn ausgebracht, und darauf Jener obigen Besitz bescheinigt hatte, so mußte der Wegleidende, obschon Kläger, zu Unterlassung aller Beeinträchtigung verurtheilt werden, weil judicium duplex vorliegt, s. Emminghaus Pand. S. 422. no. 37. S. 51. Fr. 3.

Eine Abweichung der canonischrechtlichen Spolienklage, welche zur Wiedererlangung des Besitzes, insbesondere auch wegen widerrechtl. S. 60. Fr. 1.

Digitized by Google

lich entzogener quasi-possessio gegeben ist, vom römischen interd. de vi wird von Einigen darin gefunden, daß jene auch dem nudus detentor zugestanden wird, s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Emminghaus S. Pand. S. 423. no. 46. — c. 5. 7. 11. 16. X. 2. 13., was beim interd. de vi nach der Meinung Mehrerer nicht der Fall gewesen seyn soll, s. Puchta Pand. §. 135. not. a. Den Rechtslehrern dagegen, welche auch das interd. de vi dem detentor nicht minder zugestehen, mithin keinen Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln erkennen, ist neuerlich in einer umfänglichen Ausführung beigetreten Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. S. 449. not. 24. u. Bd. II. §. 124. not. 48.

§. 62. lit. b. Die Grundsätze derjenigen Rechtslehrer, welche so sehr dagegen eifern, daß die Spolienklage so weit über die Gränzen des interd. de vi in der Praxis ausgedehnt wird, daß man von dem Erforderniß einer vis atrox Umgang nimmt, und statt gewaltsamer Entsetzung, eine blos ungerechte Entziehung des Besitzes oder Quasibesitzes zur Begründung eines remedii recuper. possessionis für genügend erkennt, sind von dem O. Tribunal in Stuttgart adoptirt worden, s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 106. Eine gleiche Ansicht findet sich in den in Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. aus Duprel Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 110. angeführten Erkenntnißgründen des O. A. G. in München, welche aber nichts für das gemeine Recht entscheiden können, weil sie auf Bayerisches Landrecht und Bayerische Gerichtsordn. sich gründen, und der untergelegene Fall Einzelnheiten enthält, welche schlechthin zur Abweisung der Spolienklage führen mußten. Die entgegengesetzte durch die von uns l. c. angeführten achtbaren Autoritäten unterstützte Ansicht der Praxis, daß, um die Spolienklage oder das canonische remed. recup. poss. anzustellen, nicht gerade die für das interd. de vi vorausgesetzte Gewalt erforderlich ist, hat neuerlich Sintenis l. c. Bd. II. §. 124. not. 48. umfänglich zu rechtfertigen sich bemüht. Zur Rechtfertigung dieser durch das Bedürfniß hervorgerufenen Erweiterung des interd. de vi im canonischen und germanischen Recht gereicht wohl schon dieses, daß ja bereits Justinian eine solchartige Ausdehnung über den Fall einer vis atrox nöthig gefunden hat, indem er in l. 11. C. 8. 4. das Interdict auch demjenigen zugestand, welcher seinen Besitz durchaus nicht durch Gewalt verloren hatte, und daß auch der Landfriede v. J. 1548. Art. V., sowie die Kammerger.-Ordn. Tit. VIII. das remedium spolii „gemeiner schlechter Spolien und „Entsetzung halber, so nicht mit gewaltiger That und doch wider „Recht geschehen;" einem Jeden angedeihen lassen, indem allerdings zur

Digitized by Google

„Erhaltung gleichmäßigs Rechtens vonnöthen seyn will," daß Jedem seines Besitzes auf irgend eine Weise entsetzten schnelle Hülfe widerfahre, und die Herrschaft des Rechts möglichst ungestört erhalten werde. Allerdings liegt das Bedürfniß schnellerer Hülfe, welche das Interdict bezweckte, wesentlich in der erlittenen Entziehung an sich schon, und nicht zunächst in der Art, wie der stattgefundene rechtliche Zustand faktisch aufgehoben wurde. — Daß das spolium nicht gerade einen gewaltsamen Angriff, sondern nur eine eigenmächtige Handlung des Spolianten voraussetze, wurde auch vom O. A. G. in Dresden angenommen, s. Wochenbl. f. Rf. 1847. Nr. 50., desgl. v. Hartitzsch Entsch. Nr. 388. Eben so in einem Erk. d. O. A. G. in Lübeck, s. Seuffert Arch. Bd. III. H. 2. S. 198. u. Bd. V. H. 1. S. 27. Abweichende Erkenntnisse finden sich indessen auch im vorangeführten Wochenbl. S. 241. von der Facultät u. d. App. G. in Leipzig.

Die Spolienklage ist nach c. 10. 13. X. de rest. spoliat. auch unter Ehegatten zulässig. Vorausgesetzt wird indessen dabei, daß einem des Spoliums beschuldigten Ehemann weder aus dem Standpunkt der ehelichen Vogtschaft noch aus dem der ehelichen Gütergemeinschaft ein freies Verwaltungsrecht an dem Vermögen seiner Frau zustehe, s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in Seufferts Archiv Bd. III. H. 2. S. 197.

Die Spolienklage findet statt wegen aller Fälle gewaltsam entzogener Quasi-possessio, folglich auch bei Prädialservituten, s. Erk. d. O. A. G. Jena, in Emminghaus Pand. S. 424. no. 50.

Vom Eigenthum.

Windmüller können nicht ohne weiteres gegen Eisenbahninhaber klagen, weil diese den Windzustrom hinderten, oder Staub- und Wirbelwind verursachten: l. 14. C. 3. 34. kann, weil sie das Eigenthum beschränkt, nicht ausdehnend angewendet werden, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 296. d. 6. Ausg. Eine Concession zum Mühlgewerbe ertheilt nur das Recht zum Betriebe, nicht Garantie für Fortdauer natürlicher Erfordernisse, Biener Op. II. p. 82. Erk. d. A. G. in Leipzig in Emminghaus Pand. S. 450. no. 23. S. 80. Fr. 12. cf. S. 290. Fr. 13.

Recht der Gebäude betr. Die nachtheiligen Einwirkungen einer Gasfabrik durch Ueberströmen des Steinkohlenrauchs und der ammonicalischen Dämpfe ꝛc. veranlaßten einen Nachbarn, die actio negatoria zu erheben, und zu bitten: daß Beklagter die bezeichnete Gasbereitungsanstalt von ihrem gegenwärtigen Standpunkte auf eigene Kosten zu entfernen, oder wenigstens die Steinkohlenfeuerung und die Bereitung von Gas in derselben gänzlich einzustellen habe. Vom O. S. 81. lit. c.

Digitized by Google

A. G. in Dresden (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. Nr. 26. S. 203.) wurde die Klage für begründet erachtet, und auf Beweis des Klaggrundes erkannt. Gründe: die l. 8. §. 5. 6. 7. D. 8. 5. berechtige den Nachbar ein durch besondere Veranstaltungen zu einem außergewöhnlichen Zweck herbeigeführtes Eindringen des Rauchs aus dem Nachbargrundstücke, woraus ihm zugleich ein erheblicher Nachtheil erwächst, nicht zu dulden. Das im §. 5 cit. enthaltene Verbot der immissio fumi hat zwar nur den Fall vor Augen, wenn von einem niedriger gelegenen Grundstück der nach allgemeinen Naturgesetzen der Regel nach in die Luft sich erhebende Rauch auf das höher befindliche Grundstück einströmt, — aber der Grund des Verbots paßt eben so gut, bei neben einander gelegenen Grundstücken.

Es wird übrigens vorausgesetzt, daß das Zuströmen des Rauchs eine in der gewöhnlichen Benützung des Grundstückes hinderliche, und sonach als positiver Schade sich darstellende Belästigung mit sich bringe, l. 26. D. 39. 2.

Die angeführten Gesetzstellen deuten zwar hinsichtlich der Frage, ob nur ein durch künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleiteter, oder auch ein durch die Richtung des Windes, mithin mehr zufällig dahin getriebener Rauch die Negatorienklage begründe, mehr auf ersteres (verb. fumum immittere und vermöge der Schlußworte des §. 8.), indessen schließt dies doch eine analoge Anwendung auf die Fälle nicht aus, wo der Eigenthümer des Grundstücks, von welchem der Rauch in Folge eines besonderen Apparats in ungewöhnlicher Masse aufsteigt, demselben zwar freien Lauf läßt, und keine besonderen Anstalten trifft, um ihn dem Nachbargrundstück zuzuführen, das Einströmen des von der Luftströmung fortgeführten Rauchs aber auf das Letztere so regelmäßig und ununterbrochen erfolgt, oder wenigstens in so kurzen Zwischenräumen sich wiederholt, daß erheblicher Schaden daraus entsteht. — Der Kläger hatte hiernächst sich auch über die durch die Gasbereitungsanstalt gleichfalls angeblich herbeigeführte Inficirung des Wassers der auf seinem Grundstück befindlichen Brunnen mit schädlichen, die Benutzung des Wassers hindernden Stoffen beschwert, welche aus den Gruben und Cisternen, worin die zu Bereitung des Gases nöthigen Flüssigkeiten enthalten wären, und aus den Gasleitungsröhren in den Boden eindrängen, und sich dort mit dem Brunnenwasser verbänden. In dieser Beziehung sagen die Entscheidungsgründe, daß die Immission flüssiger Körper, welche nachtheilig auf das benachbarte Grundstück einwirken, eben so wenig gestattet sey, als die von festen Körpern, s. l. 3. pr. D. 39. 3. si tamen aquam conrivat, vel

Digitized by Google

si spurcam immittat, posse eum impediri; cf. l. 26. D. 39. 2. In l. 19. pr. D. 8. 2. u. l. 13. l. 17. §. 2. D. 8. 5. wird die Negatorienklage für begründet erklärt, wenn aus der Miststätte eines Grundbesitzers oder seinen beschädigten Kanälen, oder seinen warmen Bädern auf das Nachbargrundstück zufällig demselben schädliche Feuchtigkeiten eindringen, s. Franke im civil. Archiv Bd. XXI. Nr. 1. S. 32. —

Wasserrecht.

Aqua cottidiana s. quotidiana heißt jedes Gewässer, welches man alle Tage mittelst einer Wasserleitung beziehen kann, l. 1. §. 2. D. 43. 20. im Gegensatz der aqua aestiva, womit man solche Gewässer bezeichnet, welche entweder ihrer natürlichen Beschaffenheit nach eine Einleitung nur zur Sommerszeit gestatten, oder von demjenigen, welcher zu ihrer Benützung berechtiget ist, nur den Sommer hindurch und zu keiner anderen Jahreszeit benützt werden, l. 1. §. 3. u. 4. D. eod. Bei beiden wird übrigens ein unversiechbares Wasser (aqua perennis) vorausgesetzt, und daß es seiner natürlichen Lage und Beschaffenheit nach eine Einleitung gestatte, l. 1. §. 6. D. eod. Der Unterschied beider ist bezüglich der Interdicte wichtig, denn während bei dem interd. de aqua quotidiana zur Anstellung der Klage verlangt wird, daß der Kläger im letztverflossenen Jahr die Wasserleitung im guten Glauben besessen habe, l. 1. pr. §. 10. u. 19. D. 43. 20, Savigny Recht d. Besitzes. S. 599. Ed. VI. ist es bei dem int. de aqua aestiva eine unerläßliche Bedingung, daß der Kläger im zunächst vergangenen Sommer Besitzer der Wasserleitung gewesen sey, l. 2. §. 29—34. l. 6. D. eod., was nach Umständen auf 1½ Jahre und weiter zurückgehen kann. S. 87. §. 2.

Für die hier vorgetragenen Grundsätze sind noch anzuführen: die Abhandlungen von Gesterding und Kori im civilist. Archiv Bd. III. S. 63. Bd. XVIII. S. 42. Brinz in Seuffert u. Glücks Bl. f. R. A. Bd. XV. Nr. 13. Zu-Rhein u. Sartorius merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 70. Nicht minder ist der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks wohl befugt, das auf dasselbe fallende Regenwasser am Abfluß durch künstliche Vorrichtungen zu hindern, s. Erk. d. O. A. G. Cassel in Strippelmanns Samml. Th. I. S. 253. Fr. 1.

Bei Benutzung fremder Quellen, — erkannte 1840 das O. A. G. Dresden, — muß, sofern der Berechtigte während der Verjährungszeit seinen Bedarf an Koch-, Back- und Trinkwasser bezog, der Eigenthümer, ungeschmälert durch eigenes Bedürfniß, solches dem Erstern überlassen, Glück X. S. 181. Thibaut Ausg. 8. §. 650. S. 87. Fr. 1.

Digitized by Google

654. — Wenn Berger Oec. II. 3. 8. 1. abweicht, so muß entgegen gehalten werden: a) daß l. 13. §. 1. i. s. D. 8. 4. einen ganz speciellen Fall betrifft, und b) l. 6. C. 3. 34. vermöge der Worte: contra statutam consuetudinis formam u. „injuria" vielmehr für Obiges spricht, Wochenbl. f. Rfälle 1849. S. 193.

S. 106. Fr. 15. Was Brücken betrifft, so kann daraus, daß sie auf einem zum Staatseigenthum gehörigen Flusse stehen, nicht gefolgert werden, daß sie nicht Privateigenthum seyen, denn das Eigenthum des Staats an öffentlichen Flüssen ist kein regale majus, kein unveräußerliches Hoheitsrecht. Selbst regalia majora können durch unvordenkliche Verjährung von Privaten erworben werden, c. 1. de praesc. in VIto. — c. 26. X. de verb. signif., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden, in Emminghaus Pand. S. 198. no. 33.

S. 106. Fr. 16. Für den Grundsatz: Uferbauten an öffentlichen Flüssen fallen den Anliegern zur Last, l. un. D. 43. 15. — l. 2. C. 10. 25. ist auch ein Erkenntniß des O. A. G. in München, s. Arends Samml. H. 2. S. 195. anzuführen.

Ueber die Verjährungszeit des interd. ne quid in flumine publico entschied das Hofgericht Wiesbaden 1852 dahin: dieselbe kann nicht mit vielen Rechtslehrern auf 30 Jahre bestimmt werden. Daß vielmehr Ein Jahr genüge, l. 1. pr. §. 3. 8. D. 43. 13., liege in der Natur des Rechtsmittels, welches lediglich auf den Grund eines bisher bestandenen, im Laufe der Zeit veränderlichen faktischen Zustands statt findet, und schon des Beweises wegen eine kurze Verjährungsfrist erfordert. Der Gesetzgeber, welcher die Veränderung im Laufe des Wassers nach dem Wasserstande des letzten oder vorletzten Sommers vor Anstellung der Klage beurtheilt wissen will, kann unmöglich beabsichtigen, daß nach obigem Wasserstande die Wirkung einer vielleicht mehrere Jahre vorher erfolgten Störung beurtheilt werde, s. Flach Entsch. Th. III. S. 7.

S. 107. Wenn der Fluß bei Bildung eines neuen Bettes seinen Weg durch ein Privatgrundstück genommen, so wird dieses, soweit es nun Fluß geworden ist, eine Accession für den Staat als Eigenthümer des Flusses. Wie aber, wenn der Fluß in der Folge sein neues Bette wieder verläßt, und dieses wiederum Land wird, lebt da das vorige Eigenthum wieder auf? Die l. 7. §. 5. D. 41. 1. sagt: nein; denn dieses ist verloren, das was nun wieder Land geworden ist, kann demnach nur eine Accession für die Adjacenten bilden, was der vorige Eigenthümer wohl auch seyn kann, aber auch gar nicht oder nicht vollständig seyn kann. Die Unbilligkeit fällt in die Augen, und da die

Digitized by Google

lex cit. beisetzt: sed vix est ut id obtineat, so war für die Auslegung ein weiter Spielraum gegeben. Wächter, welcher in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 17. die verschiedenen Meinungen aufführt, bleibt bei dem natürlichen Verständniß stehen: „in der Praxis werde sich diese strenge Consequenz nicht leicht geltend machen." — Daß übrigens durch bloße Ueberschwemmungen keine Veränderung am Eigenthum entstehe, ist unbestritten nach l. 23. D. 7. 4. — l. 7. 86. l. 30. §. 3. D. 41. 1.

Ein öffentlicher Weg, welcher zwischen dem verlassenen Flußbette und den angränzenden Privatgrundstücken liegt, hindert die Erwerbung des verlassenen Flußbettes nicht. Wenn daher z. B. ein Fluß zur linken Seite ausweicht, und sich ein neues Bett bildet, und später wieder das alte Bett zur rechten Seite einnimmt, so fällt das verlassene neue Bett den Angränzern zur Linken zu, sollte auch zwischen ihnen und dem Fluß ein öffentlicher Weg liegen, s. Wächter l. c. gegen die von Fritz in den Erläuterungen zu Wenings Lehrb. H. 2. S. 344. behauptete, aber mit l. 38. D. 41. 1. in Widerspruch stehende Meinung, daß ein öffentlicher Weg die Accession ganz ausschließe

Daß der obere Müller, wenn und so weit es sein Bedürfniß erfordert, das Wasser stemmen und ansammeln dürfe, wenn dies auch dem unteren Müller zum Schaden gereichen sollte, hat das O. A. G. in Jena in mehreren Erkenntnissen als Grundsatz angenommen,*) mithin nicht, wie von Langenn und Kori in den Erört. Thl. II. Nr. 12. Pfotenhauer in Zachariä Annalen Bd. II. S. 157. u. C. A. Weiske Gewerbsr. S. 195. dafür hält, blos dann, wenn das laufende Wasser für den oberen Müller nicht einmal zur Betreibung eines Mahlganges hinreicht. Der Untermüller kann einen Widerspruch gegen das Wassersammeln des Obermüllers nur darauf gründen, daß dieser es zur Ungebühr ohne dringendes Bedürfniß vorgenommen habe. Der bloße seitherige Zustand ohne Prohibitivacte, oder sonstige positive Besitzhandlungen können keinen eigentlichen Besitz, welcher durch possessorische Interdicte zu schützen wäre, hervorbringen, s. Emminghaus Pand. d. g. Sächs. Rechts S. 189. Nr. 12. Uebereinstimmend ist ein Erkenntn. S. 111. Fr. 1.

*) Falls aber der Obermüller Schützen auf seinem Wehr anbringen, d. h. das Wasser in einem zu Treibung der Räder bestimmten Kanal aufstauen, und davon beliebig nachher dazu benützen will, um sein Werk in Bewegung zu setzen, so steht der Regel nach dem Untermüller eine act. confessoria zu, s. Urtheil d. O. A. G. in Jena bei Emminghaus l. c. S. 196. Nr. 23.

Digitized by Google

d. O. A. G. in Dresden, s. ebend. S. 196. Nr. 23. Rohr Haushaltungsr. Bd. IV. c. 11. §. 25.

Gleicherweise hat auch die Facultät in Heidelberg (s. Emminghaus Pand. d. g. Sächs. Rechts S. 194.) sich dahin ausgesprochen, daß man vergeblich nach Gesetzen fragt, durch welche sich die Ansicht rechtfertigen soll, welche v. Bülow u. Hagemann in den Erört. Bd. I. Nr. 3. 4. Bd. IV. Nr. 1. dahin aufzustellen scheinen, daß an und für sich Niemand berechtiget seyn könne, das Wasser eines Bachs, der eine Mühle treibt, so zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen, oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird.

Vielmehr muß der Müller, wenn er in einem größeren Umfang Rechte des Wassergebrauchs und zwar in der Art fordert, daß er dadurch das ordentliche Wässerungsrecht des Obenliegenden beschränken will, sein Recht hiezu speciell nachweisen. Wenn nach einem Urtheil des O. A. G. in Cassel, in Strippelmanns Samml. Thl. II. S. 200. an dem öffentlichen Flusse alle Rechte in Bezug auf Anlagen und Ausübung der Wasserrechte und jeder Wassergebrauch nur durch Concession der Staatsgewalt erworben werden können, und nur die Staatsregierung das Verhältniß der an einem öffentlichen Flusse*) zum Wassergebrauch von ihr berechtiget erklärten Personen regulirt und daher die Mühlenverleihung häufig auch das Recht enthält, so viel Wasser zu zu benützen, als zur Betreibung der Mühle, so weit ihr eine gewisse Zahl von Gängen verliehen ist, gehört, und hieraus etwa die Beschränkung der übrigen Wässerungsberechtigten abgeleitet werden kann, so paßt das nicht auf einen Privatbach, an welchem Gemeinschaft aller Adjacenten für obige Benutzung besteht, s. Emminghaus l. c. S. 193.

Ueber Reparatur der Mühlgräben stellt das A. Ger. Dresden den Grundsatz auf: sie gelten im Zweifel als Dienstbarkeit der Wasserleitung. Haben sie blos natürliche, d. h. durch die Neigung des Wasserlaufs und die Gewalt der Wasserströmung gebildete Ufer, so müssen diese Ufer die Adjacenten erhalten, allein im Zweifel

*) Aqua perennis entscheidet übrigens noch nicht für ein flumen publicum. Das römische Recht unterscheidet flumen von rivus durch die Größe des Laufs, durch die Stärke der Wasserkraft und die Rechtsmeinung der Anwohner, welche wegen der Beträchtlichkeit des Wassers anerkennen, daß hier kein Privatgewässer vorhanden sey. Die Gewässer nur, welche den Charakter der flumina hatten, theilten dann römische Juristen wieder in flumina perennia und torrentia, ohne deswegen aussprechen zu wollen, daß jedes Wasser, quod perenne fluit, ein flumen publicum sey, Günther de jure aquar. Sp. I. p. 6. Heine de princip. jur. in usu fluv. pag. 15.

Digitized by Google

muß angenommen werden, daß sie ein opus manufactum, bestände es auch nur in der Aushöhlung eines Wasserbetts ohne aufgerichtete Ufermauern oder Dämme, sind, und in diesem Falle muß, sofern nicht ein besonderer Rechtstitel das Gegentheil begründet, der Müller sie erhalten, Sächs. Zeitschr. X. S. 110.

Auch die Erweiterung bereits erbauter Mühlen, namentlich durch Anlegung neuer Gänge erfordert bei öffentlichen Flüssen eine specielle landesherrliche Concession, bei Privatwassern aber wenigstens die polizeiliche Gestattung, s. Urtheil d. Facultät in Jena in Emminghaus Sächsischen Pand. S. 188. no. 11. S. 112. Fr. 2.

Fischereirecht in einem Privatwasser schließt, nach einem Spruche des A. Gerichts Dresden von 1847, das gleiche Recht des Eigenthümers an sich nicht aus, *Biener* opusc. II. p. 144. Verjährung könnte nur dann hieran etwas ändern, wenn der serviens sich dabei während der Verjährungszeit beruhigt hat, Hagemann Erört. VII. S. 328. Die abweichende l. 7. D. 44. 3. steht aus dem von uns schon angeführten Grunde, vgl. l. 45. D. 41. 3., nicht entgegen. S. 114. Fr. 3.

Von Wasserleitungen. Die Verhältnisse des Privaten, welcher aus einem öffentlichen Wasserbehälter Ableitung von Wasser bisher vornahm, gestalten sich nach Erkenntnissen des O. A. G. Cassel v. J. 1836 u. 1841 dahin, daß zwar das petitorische Interdict de aqua ex castello l. 1. §. 38. 39. 45. D. 43. 20. ihm zusteht, er aber kein possessorisches Interdict, insonders nicht das de aqua quotidiana hat, Strippelmann III. S. 146. S. 115.

Schon nach R. R. l. 11. §. 1. D. 8. 4. steht jedem Besitzer einer Wasserleitung das Recht zu, alle diejenigen Handlungen auf den daran stoßenden Grundstücken vorzunehmen, ohne deren Ausübung die Instandhaltung und Wiederherstellung derselben unmöglich sein würde, namentlich den in derselben sich anhäufenden Sand und Schmutz bei deren Reinigung auf die angrenzenden Grundstücke zu werfen. Diese gesetzliche Bestimmung kommt auch h. z. T. in Anwendung, Klinger Dorf- und Bauernrecht Thl. IV. S. 406. und ist insonderheit auf Wasser und Mühlgraben zu beziehen, bei welchen die angeführte Befugniß unter der Bezeichnung „das Recht des Schaufelschlags" verstanden wird. Obschon die oben angezogene Stelle nur das Verhältniß einer servitutenmäßig angelegten Wasserleitung betrifft, so hat doch der Gerichtsbrauch auf ohnstreitig sachgemäße Weise sich dahin entschieden, daß der Eigenthümer eines Mühlgrabens alles dasjenige auf den anliegenden Grundstücken vornehmen darf, was nothwendig ist, wenn das Eigenthum an dem Mühlgraben nicht in viel-

Digitized by Google

facher Hinsicht soll aufgehoben oder vereitelt werden. Doch hat derselbe so zu verfahren, wie die Ausübung seines Rechts an dem Mühlgraben am wenigsten der anliegenden Grundbesitzer Eigenthum belästigt; insbesondere ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Berechtigte nicht etwa im Stande ist, alle hinsichtlich des Mühlgrabens nöthigen Vorrichtungen ins Werk zu stellen, ohne das Eigenthum der Anlieger zu belästigen, oder dies in dem fraglichen Maaße zu thun, wenn er z. B. ein eigenes Grundstück an der gegenüberliegenden Seite des Mühlgrabens besitzt, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1845. Nr. 31. S. 247., s. auch act. leg. Aquil.

Wenn das Bette des Mühlbachs Eigenthum des Adjacenten ist, so erkennt derselbe Gerichtshof das Gebrauchsrecht des Müllers an dem Wasser nur als ein Servitutrecht, und den darin sich sammelnden Schlamm als Alluvion, daher als Eigenthum des Adjacenten, während der Müller durch das Auswerfen des Schlamms nur ein adminiculum servitutis übt, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1852. S. 81.

Vom Landeigenthum.

S. 123. Fr. 10. Gegentheilig erkannte der Schöppenstuhl in Leipzig: daß ein Zaun von der Nachbargrenze in gewisser Entfernung stehen müsse, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten, l. 13. D. 10. 1. schreibt nur vor, daß bei Anlegung der Zäune die Grenze nicht überschritten werden soll, s. Emminghaus Pand. S. 441. no. 7., vergl. Eisenhart Opusc. 1761. p. 216.

Ersitzung der Forstrechte von Seite einer Gemeinde.

S. 130. §. 4. An rebus universitatis in specie, an welchen — zum Unterschied von patrimonium universitatis — der Nutzen den einzelnen Gemeindegliedern selbst zu gut kommt, kann auch der Besitz den einzelnen Gemeindegliedern erworben werden. Damit dieser Besitz namentlich für die Verjährungsfrage nicht blos dem Individuum für seine Person und Sache, sondern vielmehr als Mitglied der Gemeinde zu statten kommt, muß dasselbe freilich den Besitz eben in dieser Eigenschaft ergriffen haben. Die l. 1. §. 22. und l. 2. D. 41. 2. steht alsdann nicht entgegen, indem weder aus dieser Stelle, noch aus anderen Stellen der römischen Gesetze zu entnehmen ist, daß deren Urheber jenes besondere Rechtsverhältniß der einzelnen Gemeindeglieder zu den res universitatis in specie vor Augen gehabt habe. Vielmehr paßt der in gedachter l. 1. §. 22. angegebene Grund „quia uni non consentire possunt gar nicht auf das hier in Frage befind-

Digitized by Google

liche Verhältniß, weil bei den rebus universit. in specie das einzelne Gemeindeglied für sich selbst und zu seinem eigenen Nutzen den Besitz ergreift. Die l. 2. cit. gestattet den Gemeinden das Besitzerwerben durch Stellvertreter, aber als ausschließliches Mittel für municipes um Besitz zu erwerben, ist die Besitzergreifung durch Stellvertreter auch hier nicht angegeben. Damit nun aber aus Besitzhandlungen der Einzelnen wirklich ein Recht für die Gesammtheit erwachse, muß erhellen, nicht blos, daß sie als Mitglieder der Gemeinde den Besitz ausüben, als worüber der Thatbestand zu entscheiden hat, sondern auch daß der Besitz von sämmtlichen Mitgliedern der Gemeinde, oder doch von der Mehrzahl derselben ergriffen worden, l. 160. §. 1. de R. J., s. Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin v. 2. Mai 1842. in den Entscheidungen Bd. 8. S. 5.

Ist nun die während der Verjährungszeit stattgefundene Rechtsausübung so aufzufassen, als sey solche von der juristischen Person geschehen, so ist die Erwerbung auch unabhängig von dem Wechsel der einzelnen Mitglieder, und von dem dadurch wechselnden Bedarf. Die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Streugerechtsame erstreckt sich demnach auch auf den Bedarf der erst nach dem Beginn der Verjährung hinzugetretenen Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Classe der Mitglieder vorhanden sind, s. Plenarbeschluß desselben Gerichtshofs im Justiz-Ministerialbl. v. J. 1848. Nr. 12. S. 104.

Anders verhält es sich jedoch nach einem Erkenntniß desselben Gerichtshofs dann, wenn das Holzungsrecht auf einer Verleihung beruht. Da tritt vielmehr die Regel in Anwendung, daß Rechte aus Verleihungen der strikteſten Auslegung unterliegen. Dem zufolge ist die Annahme gerechtigt, daß über den Umfang der gebührenden Holzbezüge nicht die Zahl der Gegenwart, vielmehr die Stellenzahl zur Zeit der Verleihung des Rechts entscheide, s. Entscheid. d. O. T. zu Berlin. Neue Folge. Bd. 8. S. 276.

Forstrechte; deren erlöschende Verjährung. Forstrechte können nicht immer unter den Begriff von Servituten gestellt werden. In einem Fall, wo der Eigenthümer der dienenden Sache nicht lediglich etwas zu dulden oder zu unterlassen hat, wo z. B. der Waldeigenthümer das Forstrechtholz, dagegen der Forstberechtigte eine Taxe von 2 Fl. pr. Klafter zu präſtiren hat, ist vielmehr der Begriff einer deutschen Reallast gegeben, und das Rechtsverhältniß selbst stellt sich als ein zweiseitiger Vertrag dar (gerichtet auf ein dare facere oportere), S. 131. §. 4.

Digitized by Google

daher auch der für Servituten geltende 10—20jährige Zeitraum der erlöschenden Verjährung hier nicht Anwendung leidet, vielmehr das Recht erst in 30 Jahren erlöschen kann, s. das in Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 9. angeführte Erk. d. O. A. G. von Bayern.

Eigenthum an Briefen.

S. 157. Fr. 1. Ein von A geschriebener Brief an B war von A seiner Haushälterin, der C mit den Worten übergeben worden: „Das giebst Du dem B; das Inliegende erhältst Du von B." Kurz darauf starb A, während der Brief in der Hand der C noch war, diese deponirte ihn gerichtlich; des A Erben widersprechen der Ausantwortung an irgend einen Andern, als sie, die Erben, weil die C mandataria des A, mithin, wegen l. 58. D. 17. 1., sie die Erben nach l. 14. §. 17. D. 47. 2. Eigenthümer des Briefes seyen. Allein das A. Ger. Dresden nahm 1832 an, wegen des Schlußsatzes obiger Anordnung des A müsse die Ausfolgung des Briefes an B, gemäß der l. 65. pr. D. 41. 1. geschehen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1844. S. 148.

Demselben Tribunal lag 1844 der Fall vor, daß eine Wittib eine ihr von ihrem Manne gemachte donatio inter vivos aus einem an sie gerichteten und dahin, daß sie den Inhalt für sich annehmen sollte, lautenden Briefe, worin das Document über ein activum lag, und den sie nach des Mannes Tode in dessen Pult versiegelt fand, ableiten wollte; ihr ward entgegen gehalten: es fehle die Acceptation, und bloße Adressirung eines Briefes sey keine Uebergabe, l. 15. D. 17. 1. l. 12. §. 2. l. 34. §. 3. D. 46. 3. l. 17. §. 1. D. 17. 1., s. Hasse im Rhein. Mus. II. S. 372. S. Wochenbl f. Rechtsf. 1844. S. 356.

Beschränkungen des Eigenthums.

S. 170. Fr. 6. Die Clausula reservati dominii kann keine rechtliche Wirkung haben, wenn sie mit der Natur des Geschäfts in Widerspruch steht. Z. B. A verkauft ein Handelsgeschäft mit Waarenvorräthen, mit Vorbehalt des Eigenthums, bis der Käufer die vertragsmäßig acceptirten Tratten eingelöst haben würde. Der Käufer veräußert bald das Geschäft mit den Waaren, an einen Dritten. Kann nun gegen diesen eine Vindication statt finden? Ein Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden verwirft die Vindication, denn das verkaufte Waarenlager hatte die Bestimmung zum weiteren Verkauf, durch den Verkauf und die Uebergabe hat der Verkäufer in derartige Dispositionen von selbst gewilligt, der gedachte Vorbehalt ist also als facto contrarium nicht

Digitized by Google

gültig, s. Seuffert Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. I. H. 3. S. 339.

Testamentarisches Veräußerungs-Verbot.

Ein Testator hatte seinem Erben die Veräußerung desjenigen, was er ihm hinterließe, verboten, und den Grund beigefügt, daß er sich durch dessen ungeregelte verschwenderische Lebensart zu dieser Bestimmung bewogen finde. Die Gläubiger des Erben wollten sich dadurch gleichwohl nicht abhalten lassen, aus den Erbschaftssachen ihre Befriedigung zu suchen, und das O. A. G. in Dresden sprach in einem im Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1850. Nr. 14. abgedruckten Erkenntnisse zu ihren Gunsten dahin: ist das letztwillige Veräußerungsverbot nicht zum Besten eines Dritten, sondern lediglich im Interesse desjenigen, dem es ertheilt ist, namentlich des Erben gegeben worden, so ist es dritten Personen gegenüber ohne rechtliche Wirkung. S. 172. Fr. 7.

Diese Entscheidung ist der gewöhnlichen Auslegung der einschlagenden Gesetze l. 114. §. 14. D. de legat. I. (30.) l. 38. §. 4. l. 93. pr. D. de legat. III. (32.) allerdings gemäß. Man könnte zwar versucht seyn, aus l. 114. §. 14. cit. zu argumentiren, daß auch ein zum Besten des Erben selbst ausgesprochenes Veräußerungsverbot rechtliche Wirksamkeit habe, indem dieselbe nur dem ohne allen beigefügten Grund ertheilten Veräußerungsverbot, und auch diesem nur mit der Einschränkung versagt ist, nisi invenietur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, hierunter aber um so weniger nur eine persona tertia verstanden werden dürfe, weil es weiter heißt: quodsi *liberis*, aut posteris, aut libertis, aut *heredibus* aut aliis quibusdam personis consulentes ejus modi voluntatem significarent, *eam servandam* esse, auch l. 7. C. 4. 52. für unbeschränkte Testirfreiheit spricht. Allein ein bloß an den Erben, ohne weitere Beziehung gerichtetes Veräußerungsverbot muß nothwendig unwirksam seyn, wenn kein Berechtigter da ist, s. Puchta Vorlesungen §. 145. v. Vangerow Pand. I. S. 485. no. 3. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 404.

Condominium.

Besondere Bestimmungen über den Fall einer einseitigen Unternehmung eines Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache, z. B. da derselbe in einem gemeinschaftlichen Wald ein für einen Holzaufseher bestimmtes Wohnhaus erbaut hatte, enthält l. 28. D. 10. 3. etsi in communi prohiberi socius a socio „ne quid faciat“ potest; ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere po- S. 173. Fr. 12.

Digitized by Google

terat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit: sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quodsi quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur. Das O. A. G. in Dresden zog hieraus unter der Bemerkung, daß man die l. cit. im Zusammenhang mit l. 26. D. 8. 2. auffassen müsse und nicht blos den in c. 56. de R. J. in VI° gegebenen Satz einzeln aus ihnen heraus nehmen dürfe, die Folge, daß der condominus in dem dritten der aufgestellten Fälle nur dann auf Entfernung des Werks zu klagen befugt sey, wenn er beweist, daß es ihm, oder, was auf dasselbe hinausläuft, der Genossenschaft nachtheilig sey, s. Wochenbl. f. Rfälle 1844. S. 393.

Tradition.

S. 174. Es ist besonders nach germanischen Rechtsprincipien nicht zweifelhaft, daß im Allgemeinen in der auf der Contrahenten Antrag erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefs auch die Uebertragung des Eigenthums des verkauften Objects an den Käufer gefunden werden muß. Danz deutsches Privatr. Th. II. S. 439. Mittermaier deutsches Privatr. §. 160. der 7. Aufl. Es kommen übrigens schon in den römischen Gesetzen, l. 1. D. 8. 54. — l. 44. §. 5. D. de legat. I. (30.) l. 59. de legat. II. (31.) bestimmte Zeugnisse vor, daß man die Hingabe der einen Gegenstand betreffenden Documente der wirklichen Hingabe der Sache wenigstens in gewissen Fällen gleich erachtete. Wenn man das Wesen der römischen Tradition betrachtet, welche als eine ernstliche unter Hinweisung auf die näher oder auch entfernter befindliche Sache abgelegte Erklärung des Besitzers, daß er dieselbe nun als Eigenthum des gegenwärtigen Mitcontrahenten betrachtet wissen wolle, §. 40. J. 2. 1. bekanntlich unter verschiedenen Formen geschehen kann, s. Glück P. R. Th. 8. §. 580 ꝛc., so ist in der That nicht abzusehen, wie eine solche Erklärung auf eine unzweideutigere Art abgelegt werden kann, als wenn die Contrahenten vor der zur Aufnahme solcher Acte angeordneten Behörde, in deren Sprengel das zu tradirende Immobile gelegen ist, erscheinen, und auf gerichtliche Ausfertigung eines die eigenthümliche Uebertragung desselben bezweckenden Vertrags und folgeweise Transscription in dem Lagerbuche antragen.

Unerheblich ist dabei der Umstand, daß etwa der Kaufbrief dem Käufer nicht von dem Verkäufer, sondern vielmehr geradezu von der Notariatsbehörde übergeben wird, indem nemlich die mit des Verkäufers Vorwissen von Seite der Staatsbehörde erfolgende Ueberlieferung

Digitized by Google

der eigenen Hingabe gleich ist, s. Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden in Flach Entscheidungen Th. I. S. 22.

Der Käufer kann dann, auch wenn er nie Besitz erlangte, rei vindicationem anstellen, arg. l. 1. C. 8. 54. — l. 44. §. 5. D. 30. — l. 59. D. 31. Ganz wie ein solcher Urkundeninhaber muß ein Legatar, dem das Immobile beschieden wurde, behandelt werden, l. 80. D. 31. Flach l. c. S. 18. Auch das O. A. G. Cassel ließ Ao. 1840 zu, daß der mit der gerichtlichen Bestätigung seines Erwerbs ausgerüstete Käufer die act. Public. auf den Besitz seines Autors stützte, indem jene Bestätigung zu den in l. 1. §. 2. l. 2. 3. 12. §. 1 D. 6. 2. angeführten Ausnahmsfällen von der Regel, daß die act. Public. vom Kläger nur wegen einer res sibi tradita angestellt werden könne, einen neuen hinzufüge, s. Strippelmann Entsch. VII. S. 237.

Ersitzung.

Die Ersitzung der Pfandfreiheit, — so lehrt K. R. Schmithener in Schäffers ꝛc. Archiv f. prakt. R. Wiss. Bd. I. H. 1. 1852. S. 92 ꝛc. ist ein eigenthümliches, ebenso von der Verjährung der hypothekarischen Klage, wie von der Eigenthums-Ersitzung verschiedenes, Institut. Regelmäßig hat ein Wechsel in der Person des Eigenthümers auf die auf der Sache ruhenden jura in re aliena, insonders das Pfandrecht, keinen Einfluß. Seit c. 8. C. 7. 39. ist folgende Theorie über die Erfordernisse obigen Instituts aufzustellen: S. 183.

1) Man muß die verpfändete Sache als Eigenthümer, oder mit conditio usucapiendi besessen haben, und zwar 10 oder 20, ohne Titel 30 und gegen privilegirte Personen 40 Jahre.

2) Zur bona fides gehört stets, daß man von der Existenz des Pfandrechts nichts wüßte.

3) Man darf weder als Verpfänder, noch als dessen Erbe besitzen. J. C. 5. §. 1., l. 12. D. 44. 3. l. 7. 14. C. 4. 10. l. 1. 2. C. 7. 36., l. 19. C. 8. 45., l. 12. C. 7. 33. l. 2. C. 7. 36. In der Regel wird jene Ersitzung mit der Eigenthums-Ersitzung, wie sie sich durch l. un. C. 7. 31. gestaltet hat, faktisch zusammenfallen. Allein ein Auseinandergehen wird statt haben:

a) wenn der Ersitzende im Verhältnisse zum Eigenthümer anwesend, der Pfandgläubiger aber abwesend ist;

b) wenn der Letztere bezügig der Verjährung privilegirt, der Eigenthümer dies nicht ist;

Digitized by Google

c) bei Mobilien, wo immer mindestens 10 Jahre erfordert werden;

d) wenn die Ersitzung des Eigenthums früher beginnt, als die der Freiheit vom Pfandrecht, s. v. Vangerow Pand. §. 324. Anm. a. E.;

e) war der Besitzer zwar bezüglich des Eigenthums in bona fide, er kannte aber das Pfandrecht, so wird die Freiheit davon überhaupt nicht ersessen: nur durch Extinitivverjährung wird er gegen die Pfandklage geschützt. Aus allgemeinen Gründen ist anzunehmen, daß überhaupt Ersitzung der Freiheit vom Pfandrechte vor der des Eigenthums nicht vollendet seyn kann; mithin die Fälle a) b) sich nicht umkehren lassen.

Ersitzung durch Mittelspersonen.

S. 183. §. 8a. Anscheinend gegen die gewöhnliche Meinung hat das O. A. G. zu Celle (s. juriſt. Ztg. f. Hannover Jahrg. 22. H. 3. S. 87.), in folgendem Falle entschieden. — Es handelte sich von dem Verjährungserwerb des Jagdrechts auf gewissen Feldmarkungen für ein Gut, welches die Verjährungszeit hindurch für die fortwährend abwesenden Eigenthümer administrirt worden war. Gegen die behauptete Ersitzung wurde eingewendet, daß durch sämmtliche bekundete Besitzhandlungen der Besitz dem Beklagten selbst nicht erworben seyn könne, indem, wenn ein Besitz durch Stellvertreter erworben werden solle, auf Seite des Vertretenen entweder Auftrag oder Wissenschaft und Genehmigung erfordert werde, im vorliegenden Falle aber, da die Besitzer des Gutes seit mindestens 40 Jahren abwesend seyen, weder jenes noch dieses der Fall, oder nur behauptet worden sey. Demungeachtet wurde zu Gunsten des Gutsbesitzers erkannt, verb.: „die zur Wahrnehmung von Rechten des Guts angestellten Personen (Verwalter und Forstofficianten) sind vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Vornahme solcher Handlungen befähigt. Da es ferner als erwiesen anzunehmen ist, daß die bezeugte Jagdausübung als eine Gerechtsame des Guts und für dasselbe vorgenommen worden, so bedarf es überall nicht des Beweises eines weiteren speciellen Auftrags, oder des Umstandes, daß die fragliche Jagd mit Wissen der Eigenthümer ausgeübt worden sey."

Zu demselben Ergebniß führt ein tiefer eingehendes Urtheil der Facultät Halle in einem ähnlichen in poss. summariissimo entschiedenen Fall. „Es muß in Folge der besonderen für servitutes praediorum geltenden Grundsätze behauptet werden, daß der Besitz solcher Rechte in weiterem Umfange als der der körperlichen Sachen durch Vermittelung Dritter erworben werden kann. Da nemlich der dominus praedii dominantis selbst nur Stellvertreter dieser Sache, als des

Digitized by Google

eigentlich berechtigten Subjects ist, so erscheint die Stellvertretung zur Erwerbung des Besitzes einer solchen Servitut auch durch andere Personen, als den Eigenthümer der herrschenden Sache zulässig. Wenn in dieser Hinsicht l. 5. l. 6. pr. l. 20—24 D. 8. 6. — l. 1. §. 7. l. 3. §. 4. D. 43. 19. vorzugsweise von Wege-Servituten reden, und zwar zum Theil mit specieller Beziehung auf das interd. de itinere actuque priv., so ist doch kein Grund vorhanden, an gleichmäßiger Geltung jenes Princips für andere serv. praed. rust. zu zweifeln, und es kann keinem Bedenken unterliegen, daß der durch das possess. summariiss. gewährte Schutz sich mindestens eben so weit erstreckt, als der des genannten Interdicts. Dagegen reden die allegirten Stellen allerdings durchgängig von einem uti servitute, oder retinere servitutem, im Gegensatz des non uti und non utendo amittere; und es fehlt daher nicht an Juristen, welche zwar zugeben, daß der Pachter, der Gast, ja selbst ein völlig Fremder dadurch, daß sie nomine praedii die Servitut ausüben, den schon erworbenen Besitz conserviren, aber läugnen, daß solche Mittelspersonen geeignet seyen, den Besitz einer Servitut dem praedio zu erwerben, Sintenis Civilr. I. S. 585. Allein die andere Ansicht verdient um so mehr den Vorzug, als sie durch das argumentum a contrario aus l. 1. §. 8. D. 43. 19. deutlich hervorgeht, vgl. Heerwart in Linde's Zeitschr. XII. S. 196. Albert Besitz unkörperl. Sachen S. 22., s. Emminghaus Pand d. g. Sächs. R. S. 224. no. 59.

In einem Urtheil der Facultät Jena v. J. 1846 ist ausgesprochen: die von der eigentlichen usucapio handelnden Gesetzstellen l. 1. C. 7. 32. — l. 47. 49. §. 2. D. 41. 2., nach welchen der Ersitzende, sobald er den Besitz nicht in eigner Person ausgeübt hat, die usucapio erst von dem Momente, wo der Usucapient Kenntniß von der Besitzergreifung und Besitzausübung seines Repräsentanten erhält, beginnt, lassen sich nicht analog auf Ersitzung der Prädialservituten anwenden. In dieser Beziehung waltet ein anderes Princip ob. Schon der Begriff der Prädialservitut bringt mit sich, daß die Person des jeweiligen Eigenthümers, weil sie einem steten Wechsel unterworfen ist, bei den Besitzverhältnissen des Guts in den Hintergrund tritt. Der Besitz soll dem Gute selbst erworben werden: eben so die Servitut; diese soll nur dem jeweiligen Eigenthümer, als solchem, als integrirender Theil des Gutes zu Nutze kommen. Es würde eine Inconsequenz genannt werden müssen, wenn auch in solchen Fällen die Wissenschaft des jeweiligen Eigenthümers des Guts, der die Servitut nicht für seine Person in Anspruch nimmt, erfordert würde, wie dies alsdann ganz folgerichtig

Digitized by Google

wäre, sobald Jemand für seine Person das Eigenthum einer res corporalis erworben haben will. Es muß hinreichen, wenn die Servitut Namens des Guts ausgeübt worden. Daher erklärt sich l. 1. §. 7. D. 43. 19. §. 11. ib. l. 3. §. 4. ibi l. 5. 6. pr. D. 8. 6. — l. 20. 24. eod., s. Albert l. c. S. 1826.-§. 19. Das Abstrahiren von einer Repräsentation des Gutseigenthümers erscheint in jenen Stellen nicht als Singularität, sondern als Ergebniß der Wissenschaft und Praxis aus der juridischen Natur der Prädialservituten. Der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks handelt nicht sowohl proprio nomine, als fundi nomine. In l. 5. §. 3. D. 43. 19. — l. 10. pr. D. 8. 5. wird zu Ersitzung einer Servitut nur das usum se per annos forte tot non vi, non clam non precario verlangt; dieselben Worte kommen in obigen Stellen vom interdict. de itinere vor. Was die römischen Juristen, die nur als Vorbilder bei der Behandlung des juristischen Stoffs dienen sollen, als Interpreten des Edicts zu thun berechtigt waren, das dürfen auch wir als Interpreten der Schriften der römischen Juristen thun, s. Emminghaus l. c. S. 225. no. 60.

S. 187. not. **) Belangend die Streitfrage, ob die Sachen der Minderjährigen nach Justinianischem Recht der Usucapion entzogen seyen? vgl. Puchta System d. gem. Civilr. S. 67. hat neuerlich Arndts in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 389. die bejahende Meinung gerechtfertigt; für die verneinende hat sich Puchta zuletzt im Cursus der Institutionen II. S. 623. ausgesprochen. So auch ein Erkenntniß d. Gerichtshofs in Tübingen, s. Hufnagel Mittheilungen. N. F. H. I. S. 156. mit Beziehung auf Höpfners Instit. Comm. §. 402. u. Hofacker Princ. jur. Rom. §. 978.

S. 191. Fr. 10. Ein Plenarbeschluß des geh. Obertribunals in Berlin statuirt: wo der Uebergang des Eigenthums aus einem Geschäfte durch Vernachlässigung der gesetzlichen Form gehindert wird, kann das formlose Geschäft auch als Rechtstitel zur Ersitzung nur in so fern wirken, als der Erwerber die Ungültigkeit desselben zufolge eines entschuldbaren faktischen Irrthums verkannt hat, indem die auf einem Rechtsirrthum fußende Ueberzeugung, Eigenthümer geworden zu seyn, als bona fides nicht in Betracht kommt, s. Entsch. d. g. O. Tr. Bd. VI. S. 436.

S. 196. Fr. 8. Daß Verjährung auch in Bezug auf, durch Gegenleistung bedingte Rechte Platz greift, ist zwar an sich einzuräumen, allein es muß doch der Natur der Sache zufolge bei einem solchen Verhältniß zunächst dafür präsumirt werden, keine der Partheien habe eine absolute opinio juris et necessitatis gehegt, vielmehr jede Parthei nur

Digitized by Google

in Folge stillschweigend jedesmal erneuerten Vertrages geleistet, und ihre Leistung als eine jeder Zeit einstellbare betrachtet. Mithin müssen besondere Umstände, z. B. unverhältnißmäßig geringer Belauf der Gegenleistung Klägers, Verweigern des Beklagten und auf Klägers-Behauptung eines Zwangsrechtes erfolgte Unterwerfung, ausgeführt werden, s. Erk. des O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1844. S. 250.

Verjährung. Befreiung durch dieselbe von der Beitragspflicht zu Gemeindelasten betr., wird die angeführte herrschende Meinung unterstützt durch Erk. d. O. A. G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1843. Nr. 3., Kind Qu. for. T. II. cap. 48. Ed. II. Gottschalk Discept. for. T. II. cap. 8. Zur Usucapion der Freiheit wird demnach die geschehene Anforderung, erfolgte Verweigerung und sofortige Beruhigung des Berechtigten erfordert, nicht nöthig ist aber, daß beides innerhalb der Verjährungszeit zu wiederholten Malen statt gefunden habe, Gottschalk l. c. Gegen die in Bülow u. Hagemanns rechtl. Erörterungen versuchte Unterstellung eines rechtlichen Herkommens, wenn in einem Zeitraum von 30—40 Jahren bei mehrmaligem Eintritt der zur Anforderung geeigneten Fälle eine solche nicht statt gefunden hat, läßt sich erinnern, daß eine Observanz im eigentlichen Sinne nur Rechtssätze, nicht subjective Rechtsbefugnisse zum Gegenstand hat, daher nur solche Vorgänge voraussetzt, aus welchen sich die unzweideutigsten thatsächlichen Anerkenntnisse eines Rechts auf der einen, und einer Verbindlichkeit auf der anderen Seite entnehmen lassen, s. Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis der Würtemberg. Gerichte. N. F. H. I. S. 79. S. 196. Fr. 16.

Wenn durch usurpatio naturalis die erwerbende Verjährung als unterbrochen erachtet werden soll, so genügt dazu bloße Protestation nicht, sondern es wird eine wirkliche Verhinderung an der Ausübung des behaupteten Rechts erfordert. Nach Sächsischem Gerichtsbrauch liegt z. B. bei der Fahrgerechtigkeit die usurp. nat. sowohl im Vorziehen eines Grabens oder Schlagbaums, als im Hinwegweisen des Geschirrs, das ein Umkehren zur Folge hatte. Bona fides wird nunmehr bei späteren Ausübungen problematisch, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in der Zeitschr. f. Rechtspflege IX. S. 170. Fr. 20.

Digitized by Google

Immemorial-Verjährung.

S. 200. Fr. 21. Das O. A. G. in Celle erkannte in einem Fall, wo der unvordenkliche Besitz des Weiderechts excipiendo behauptet, dagegen aber replicirt worden war, die Verjährung habe nicht vor sich gehen können, weil das angeblich belastete Gut verpachtet gewesen, was allerdings gegen die 30—40jährige Verjährung ein erheblicher Einwand gewesen wäre, wenn der Eigenthümer von den Besitzhandlungen des Dritten keine Wissenschaft hatte, denn Nachlässigkeit oder Arglist des Besitzrepräsentanten soll nach gesetzlicher Vorschrift dem Principal nicht schaden (s. das in der jurist. Ztg. für Hannover 1843. H. I. S. 42. angeführte Erkenntniß des O. A. G. zu Celle) dahin: diese Replik könne der erwerbenden Servitutenverjährung, in soweit sie auf Immemorial-Präscription gestützt worden, nicht entgegenstehen, weil der unvordenkliche Zustand eine rechtliche Vermuthung des anderweit eingetretenen gesetzmäßigen Erwerbes begründet.

Ebendaselbst S. 202. Gegen die v. Savigny im System d. h. R. R. Bd. IV. S. 484. aufgestellte Lehre: die Unvordenklichkeit sey nur ein Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten, auf welche, nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart, die Ersitzung selbst nicht möglich ist, es seyen daher das Eigenthum und die Servituten, und auch die deutschrechtlichen Realrechte, welche sich als bloße privatrechtliche Modificationen des Eigenthums darstellen, von der unvordenklichen Verjährung auszuschließen, haben sich neuerlich auch erklärt: Dollmann in Seufferts Blättern f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 340. Hufnagel Mittheilung H. 2. S. 472. Durch ein Erkenntniß des Obertribunals in Stuttgart wurde umgewandt die Begründung eines Amts-Utilitäten-Bezugs durch unfürdenkliche Verjährung, im Mangel eines privatrechtlichen Titels, als dem öffentlichen Recht angehörig, gar nicht zur civilrechtlichen Beurtheilung geeignet erkannt, und der Satz, daß der unvordenkliche Besitz vom Beweise eines bestimmten Rechtstitels befreie, nur da für anwendbar erachtet, wo das in Frage stehende Recht blos vermöge Privatrechts erworben und besessen werden kann, Seuffert Archiv Bd. I. H. 2. S. 176.

Ebend. S. 208. Fr. 30. Die hier als die richtigere angenommene Meinung, es sey nicht erforderlich, daß die Zeugen bekräftigen, schon von ihren Vorfahren das Daseyn des streitigen Zustandes in früherer Zeit erfahren zu haben, vielmehr genüge es, wenn sie bezeugen, von ihren Vorfahren zu wissen, oder gehört zu haben, daß denselben niemals ein entgegengesetzter Zustand bekannt gewesen sey, wird bestätigt durch Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte zu Celle (jurist. Ztg.

Digitized by Google

für Hannover Jahrg. 21. H. 2. S. 56) und zu Cassel (Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 136).

Actio Publiciana.

Derselben konnte in folgendem Falle nicht statt gegeben werden: S. 232. Fr. 21.
A klagte nämlich wider B, als Besitzer von 32 Obligationen au porteur, welche nach gemeinem Rechte vindicabel sind, auf deren Herausgabe, mit dem Anführen, er, A, habe sie bona fide erkauft, dann aber dem X mit Bedingung, daß er sie ihm, dem A, in natura zurückliefere, anvertraut. Dieser hatte sie indeß an B verkauft. B war gleichwohl redlicher Erwerber, und hätte daher selbst die act. Publ. anstellen können, wenn er nicht nach l. 1. 7. C. 7. 26. dem früheren gleichfalls redlichen Besitzer hierin weichen müßte. Gleichwohl hatte die Klage des A, wie angebracht, nicht zum Zweck geführt, weil der Ausdruck „anvertraut" nicht für bestimmt genug erachtet wurde, um die Befugniß des X, die Obligationen zu verpfänden, auszuschließen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rechtsf. 1845. S. 271.

Dagegen willfahrte das O. A. G. in Cassel 1840 dem A, welcher dem C. 7 Dosen mit der Bedingung, daß er sie ihm binnen 4 Wochen zurückgeben oder 350 Thlr. dafür bezahlen solle, zugestellt hatte, als er sie vom B, dem sie C inzwischen verpfändet hatte, vindicirte, die Gründe bemerken: das Geschäft muß, da die Contrahenten es als „in Commission geben" übereinstimmend bezeichnen, für mandatum de vendendo, nicht als Trödelvertrag gelten. Freilich kann der Commissionär selbst die Sache kaufen, allein hier fehlt zum Uebergang des Eigenthum an ihn Creditertheilung des Verkäufers, s. Strippelmanns Entsch. I. S. 164. Jahrg. 1842.

Von Servituten.

Die gesetzliche Nothwendigkeit, zufolge deren das niedriger gelegene S. 240. Grundstück das von dem höher liegenden abfließende Wasser aufnehmen muß, wird zwar gewöhnlich als eine natürliche Servitut bezeichnet, dieses servire ist aber nur etwas servitutähnliches, und nicht eigentlich als eine Servitut im juristischen Sinn zu verstehen, die mit possessorium und petitorium versehen wäre, s. Brintz in den Blättern f. R. A. von Seuffert und Glück Bd. XV. S. 202. Fr. 16. B.

Res propria nemini servit. Hinsichtlich der Frage: ob jemand S. 249. für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf einem ihm mit dem Andern gemeinschaftlichen Grundstück erwerben könne? folgte das Spruchcollegium in Leipzig der von uns angeführten sehr bestrittenen Meinung Fr. 7. b.

Digitized by Google

Glücks dahin: obiges Axiom hindere nicht, daß an der im Miteigenthum stehenden Sache Einer der condominorum ein besonderes Recht erwerben kann. Der Fall war der, daß ein Gemeindenachbar 32 Jahre lang auf einem später durch die Gemeinde veräußerten Platz ein Weiderecht ausgeübt hatte. Die Entscheidungsgründe bezogen sich darauf, daß den Römern die Einrichtungen in unseren Dorfgemeinden unbekannt gewesen seyen, Benutzung des Gemeindelands beruhe bei uns auf der Ortsverfassung. Thibaut System §. 221. Runde d. Privatr. §. 31. Obiges Princip könne nicht entgegen gehalten werden. Eichhorn D. Privatr. §. 370. v. Langenn u. Kori Erörter. II. S. 14. Ed. 2. Das O. A. G. in Dresden modificirte den Ausspruch dahin: daß jemand durch Verjährung eine Dienstbarkeit an einem Grundstück der Gemeinde, wozu er gehört, erwerben kann, wird nicht bezweifelt. Allein dies erfordert solche Besitzacte, welche erkennen lassen, Jener habe in dem Glauben gestanden, ein Recht auszuüben, das den Charakter einer Dienstbarkeit an sich trägt. Dieser gute Glaube muß hier, um obigen Grundsatzes willen besonders dargelegt werden, s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 317. das. 1852. S. 374.

S. 251. Fr. 10. Der hier aufgestellte, mit l. 31. D. 8. 3. und l. 15. D. 8. 6. belegte Satz: durch Confusion geht eine Servitut nicht unter, sie ruht nur, und lebt wieder auf, sowie die Trennung wieder eintritt, würde mißverstanden werden, wenn man ihm, wie von einigen Rechtsgelehrten geschehen ist, s. die Citate in Glücks P. K. Bd. X. S. 261. eine allgemeine Bedeutung beilegen wollte. Die angeführten Gesetze beziehen sich auf einen eigenthümlich gestalteten Fall. Regel ist es vielmehr, daß die Servitut durch Confusion erlösche. Ausnahmsweise lebt sie wieder auf, wenn die Confusion durch eine blos *temporäre* Erwerbung entstanden, oder wenn die Erwerbung ungültig war, und deswegen wieder aufgehoben worden ist. Voet. Comm. Pand. lib. VIII. tit. VI. §. 3. Buchholz Versuche S. 178. v. Bülow Abhandl. Th. II. S. 109. Glück l. c. Die Servitut dauert auch dann fort, wenn sie für eine bestimmte Art von Ländereien erworben ist, z. B. für Weinberge, obgleich sie der Besitzer eingehen ließ, denn es wird angenommen, daß die Servitut dem fundus angehöre, und nicht dem, was darauf wächst, l. 13. D. 8. 3. Wenn das Gebäude, von dem die Traufe niederfällt, weggenommen wurde, um unter denselben Verhältnissen und in derselben Eigenschaft wieder aufgebaut zu werden, so wird utilitatis causa angenommen, daß es fortdauernd als dasselbe angesehen werde, l. 20. D. 8. 2. — Wenn durch zufällige Hindernisse ein Servitutrecht unwirksam geworden ist, so lebt die Servitut mit dem

Digitized by Google

Wegfall des Hindernisses wieder auf. Z. B. A hat die serv. non altius tollendi gegen das Gebäude des C erworben. Diese ist ihm von Nutzen, so lange der B sein dazwischen liegendes Servitutfreies Haus nicht höher baut. Thut er dies aber, so ist die Möglichkeit aufgehoben, daß das Haus des C dem A die Hellung schmälere, mithin kann auch der C eben so weit in die Höhe bauen. Wenn nun aber B innerhalb der gesetzlichen Verjährungszeit sein Gebäude wieder erniedrigt, so lebt das Klagrecht des A gegen den C wieder auf, l. 5. 6. pr. D. 8. 5.

Bei Realservituten muß, wo mehrere Miteigenthümer vorhanden sind, die Confusion in Ansehung Aller eintreten, sonst bleibt die Dienstbarkeit bestehen. Sowie die Servitut nicht entstehen kann, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des andern ist, so kann sie auch nicht untergehen, wenn der Eigenthümer des Einen nachher Miteigenthümer des andern wird. Sie würde nur zum Theil aufhören, dies ist aber wegen der Untheilbarkeit der Servituten nicht möglich. Puchta Vorlesungen §. 189 ꝛc. S. 368. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 307.

Dafür, daß zur Erwerbung einer Servitut Quasitradition noth- S. 253.
wendig sey, hat auch der Gerichtshof in Tübingen entschieden, s. Huf- Fr. 19.
nagel Mittheilungen. Neue Folge. H. I. S. 127.

S. 254. lit. c. lies auf Zeile 4. statt C. vielmehr l. 32 ꝛc.

Ersitzung der Servituten.

Wenn gleich zur Erwerbung der jura discontinua gewöhnlich 3 S. 257.
Besitzhandlungen, welche die Verjährungszeit umfassen, als genügend Fr. 22.
erachtet werden, so wird doch hiebei vorausgesetzt, daß diese 3 Besitzhandlungen durch Zeugen erwiesen worden sind, in welchem Falle die ungeänderte Fortdauer des Verhältnisses in der Zwischenzeit vermuthet wird. Daraus kann aber nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß da, wo der Zeugenbeweis unvollständig und durch einen Eid zu ergänzen, oder wo der Beweis blos auf Eid gestellt ist, zu dem Verjährungserwerbe die eidliche Versicherung dreier einzelner Besitzhandlungen ausreiche. In die Formel des Erfüllungseids über eine Triftwegsgerechtigkeit wurde daher, als dem Gerichtsbrauch gemäß, und in der Natur der Sache begründet, indem das Austreiben des auf einem Bauerngut befindlichen Rindviehs in der Regel sogar öfter als einmal in jedem Jahre zu geschehen pflegt, das Wort „alljährlich" aufgenommen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1848. no. 41.

Digitized by Google

S. 257. Fr. 23. Der S. 258. bemerkten herrschenden Lehre folgt ein Ausspruch des K. Bayerischen O. A. Ger., s. Seuffert im Archiv f. Entsch. Bd. I. H. 3. S. 453. Dergl. das O. A. G. in Darmstadt, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 893. 2. Ausg., s. auch Tafel Würtembergische Civilrechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 177. Nicht das Nichtvorhandensein der vitia possessionis hat der Producent, sondern das Vorhandensein der Product zu beweisen, s. Seuffert l. c. und das in der Gesetzsammlung bekannt gemachte Präjudiz des O. A. G. in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 936. Ed. II. Gegen die gewöhnliche und auch vom K. Bayerischen O. A. G. im allgemeinen angenommene Meinung, daß nicht gerade ein continuirliches exercitium bewiesen werden muß, wenn nur der Verjährende sich immer in facultate exercendi befunden hat, s. Seuffert Archiv Bd. I. H. 3. S. 455. statuirt das O. A. G. in Celle in einem in der Gesetzsamml. bekannt gemachten Präjudiz: (s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 936.)

„Zum Beweis der erwerbenden Verjährung einer Servitut ist es erforderlich, daß die stattgefundene Ausübung derselben in jedem einzelnen Jahre der Verjährungszeit nachgewiesen werde; wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß dieser Grundsatz bei solchen serv. discontinuis keine Anwendung leidet, welche ihrer Natur nach nicht in jedem Jahre ausgeübt werden können."

Die ältere hier als irrig bezeichnete, in neuerer Zeit aber noch von dem O. A. G. zu Cassel (s. Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. II. S. 144. u. Bd. VII. S. 254.) angenommene Meinung, als könnten *servitutes discontinuae* im Mangel eines Titels nur durch unfürdenkliche Verjährung erworben werden, ist verworfen vom O. A. G. in Stuttgart, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 170. Hufnagel Mittheilungen. Neue Folge. H. I. S. 132.

S. 260. Daß eine Fahrgerechtigkeit durch fremde Personen erworben werden könne, darf wohl nicht ohne allen Unterschied angenommen werden, jedoch in einem solchen Falle, wo die Mahlgäste einer gewissen Mühle während des Verjährungszeitraums über fremdes Eigenthum zur Mühle und von da zurückgefahren sind, um ihren Mühlbedarf zu erholen, wurde von den Sächsischen Spruchbehörden dem Mühlbesitzer die Befugniß, vom Eigenthümer des leidenden Grundstücks zu verlangen, daß dieser das Fahren der Mahlgäste dulde, unbedenklich zuerkannt, indem dieses Fahren gar nicht als ein reines factum alienum, sondern als ein solches zu betrachten ist, welches zugleich im Interesse des Mühlenbesitzers geschehen ist, und zum dauernden Vortheil seines Geschäfts gereicht, s. Seuffert Archiv Bd. II. H. 1. S. 11. Ebenso

Digitized by Google

hat das O. A. Ger. in Dresden in einem ähnlichen die Holzabfuhr aus einem fiscalischen Wald betreffenden Fall entschieden. Wenn die Gesetze den Erwerb der Wegegerechtigkeit durch Stellvertreter zulassen, erfordern sie keineswegs, daß eine besondere Auftragsertheilung an letztere zu dem gedachten Zwecke statt gefunden habe, l. 1. §. 7. 8. l. 3. §. 4. D. 43. 19. — l. 9. D. 41. 2. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 194. Denn der Gast oder Freund, oder wer sonst in eigenen Angelegenheiten des über fremden Grund und Boden führenden Wegs sich bedient, thut dies in der Regel ohne vorher erhaltene Weisung, weil er glaubt, daß der, zu dem er geht oder fährt, selbst den Weg zu gebrauchen und durch die, welche zu ihm kommen, gebrauchen zu lassen berechtigt sei. Auch besagen die angezogenen Gesetzstellen ausdrücklich, daß derartige Stellvertreter dem Eigenthümer des Grundstücks, zu welchem der Weg führt, den Besitz der Servitut auch verschaffen — per eos uti videmur servitute — im Gegensatz des bloßen Abwendens des Verlusts derselben durch non usus — des retinere servitutes, worauf Langenn und Kori Erörter. Bd. I. S. 229. Aufl. 2. die rechtliche Wirksamkeit beschränkt — welches letztere auch durch den Gebrauch des Weges von Seiten solcher Personen geschieht, welche ihr eigenes Recht auszuüben glauben, l. 5. 6. pr. I. 20—24. D. 8. 6., oder auch nicht wissen, daß sie über fremden Grund und Boden gehen, l. 1. §. 7. D. 43. 19. Zwar ist in den bemerkten Gesetzen dem in dieser Weise erworbenen Besitze nur ein Anspruch auf Schutz durch Interdict beigelegt; allein dies erklärt sich daraus, daß zur Zeit des Ulpian und Cajus, aus deren Schriften die betreffenden Fragmente entnommen sind, noch die lex Scribonia wenigstens in formeller Geltung bestand, wonach die erwerbende Verjährung der Servituten überhaupt untersagt war, l. 4. §. 29. l. 10. §. 1. D. 41. 3. — l. 14. pr. D. 8. 1. und es kann daran, daß dieser Besitz ebenso wie durch den Besitzer selbst oder durch die Seinigen oder durch ausdrücklich bevollmächtigte Personen ausgeübt, zum Erwerbe durch Verjährung führen könne, um so weniger gezweifelt werden, nachdem Justinian durch l. ult. C. 7. 33. die Servitutenverjährung ausdrücklich wieder eingeführt hat. — Immer wird jedoch das Daseyn von Momenten erfordert, welche die Annahme rechtfertigen, daß die handelnden dritten Personen in einem Repräsentations-Verhältnisse zu dem Besitzer des fundus dominans gestanden haben. Es müssen daher Merkmale vorliegen, daß sie nicht oder wenigstens nicht lediglich in eigenem Interesse, sondern auch zugleich im Interesse des letzteren gehandelt haben, und in der Regel wird auch dessen Wissenschaft um ihre Handlungen, und der

Digitized by Google

Wille, den Besitz durch diese Mittelspersonen auszuüben, nicht fehlen dürfen, ausgenommen bei juristischen Personen, bei welchen, weil ihnen ein unmittelbares Bewußtsein abgeht, der **animus possidendi** für entbehrlich gehalten wird, l. 12. D. 8. 1. — l. 1. §. 22. l. 2. D. 41. 2. Wochenbl. für merkw. Rfälle 1846. no. 13.

S. 260. Daß der römische Rechtsbegriff von *via* nicht geradezu gleichbedeutend mit dem deutschen Fahrweg zu nehmen ist, mithin auch die Folgerung nicht statt findet, wer das Recht über einen Grund zu fahren hat, sey auch berechtigt, Vieh darüber zu treiben, wie Gensler im civilist. Archiv Bd. IV. no. 20. S. 251. annimmt, erhellt schon aus unseren in der not.** enthaltenen Bemerkungen, und ist umfänglich ausgeführt in e. Erk. d. O. A. G. in Dresden, im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1851. S. 22., s. auch Seuffert Erört. einzelner Lehren d. röm. Privatr. Abth. I. S. 56. und Abth. II. S. X. der Vorrede. In so ferne eine solche Servitut gewöhnlich durch Ersitzung erworben ist, wird das **tantum praescriptum, quantum possessum** von selbst Ziel und Maaß geben.

Die Spolienklage wegen einer **servitus viae** kann von dem Nießbraucher des **praedium dominans** erhoben werden, wenn schon dieser nach l. 12. pr. l. 52. D. 41. 2. — l. 6. §. 2. D. 43. 16. nur körperlicher oder sogenannter Naturalbesitzer ist. Wenn z. B. v. Savigny Besitz Ed. VI. S. 622. v. Wening-Ingenheim Civilr. Buch III. §. 250. sie nur dem juristischen Besitzer gestatten, folglich dem, der nur körperlich, **alieno nomine** besitzt, versagen, so wird dies durch c. 2. 3. 4. X. 2. 13. widerlegt, wo dem Pfarrer und sonstigen Pfründe-Inhaber wegen der mit seiner Pfründe verbundenen Dotalgüter jene Klage zugestanden wird, woran er doch nur ein Nießbrauchsrecht, so lange er in der Pfründe bleibt, hat: c. 2. X. 2. 24. — c. 5. X. 3. 13. **Boehmer J. E. Pr. II. 3. 5. §. 159.** Mit Recht ist der Gerichtsbrauch übereinstimmend. **Boehmer Princ. jur. can. §. 688** ꝛc. Kori summar. Proz. S. 245. Urtheil der Facultät Jena 1850. in Emminghaus Pand. S. 859. no. 43.

Servitus itineris.

S. 260. Fr. 1. not.** Eine blos über ein Grundstück zu gehen eingeräumte Servitut gewährt dem Berechtigten nach einem Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck nicht die Befugniß, mit einer Schiebkarre zu fahren, s. lithographirte Bremer Samml. 1830. S. 61. Allerdings führt uns l. 7. pr. D. 8. 3. zu der Annahme, daß diese Servitut sich nicht auf einen

Digitized by Google

solchen Gebrauch des Wegs erstrecke, wobei nicht die Passage der Person, sondern der Transport von Sachen der Hauptzweck ist.

Daraus, daß in der *serv. actus* der Regel nach serv. itineris inbegriffen ist, folgt nicht, daß die serv. itineris nicht gleichwohl von der serv. actus ausgeschlossen seyn könne, l. 4. §. 1. D. 8. 5. Einen Beleg dafür findet man in Hufnagels Mittheilungen, Neue Folge H. I. no. 35. Vorzüglich zu berücksichtigen ist, was Seuffert in seinen Pandekten sagt: „bei allen Wegeservituten, wenn es sich von deren Bestellung in Gemäßheit eines Versprechens, insbesondere von der Größe des Wegs und von den besonderen darin enthaltenen Befugnissen handle, sey vor allem auf die individuellen Bestimmungen des vorliegenden Willensactes und auf die Beschaffenheit der Localität (cf. l. 13. D. 8. 1.) entscheidende Rücksicht zu nehmen, auch wohl zu beachten, daß die näheren Angaben über den Inhalt der drei römischen Wegservituten Folgerungen aus dem römischen Sprachgebrauche seyen." — Dem gemäß erkannte auch das O. A. G. Dresden, daß bei verjährten derartigen Gerechtsamen das tantum praescriptum quantum possessum gelten müsse, s. Sächs. Zeitschr. IV. S. 466. Kritz Abh. S. 38.

Einer mit einer bestimmten Linie bestellten Weggerechtigkeit kann zum Vortheil des dienenden Grundstücks eine andere Richtung gegeben werden, wenn es dem herrschenden Grundstücke unnachtheilig ist. So erkannte übereinstimmend mit den von uns angeführten Entscheidungen des Sächsischen Appell. Ger., auch der Würtembergische Gerichtshof in Ellwangen, insbesondere mit Beziehung auf l. 2. §. 8. D. de religios. u. l. 14. D. de op. nov. nunc. Glück P. R. Bd. X. S. 223 und in Anbetracht, daß die etwa für die entgegengesetzte Ansicht anzuführenden l. 13. §. 1. D. 8. 3. u. l. 9. D. 8. 1. nicht gegen die Befugniß des dienenden Grundstücks sprechen, s. Hufnagel Mittheilung. Neue Folge H. I. S. 157. S. 262. Fr. 3.

Weiderecht.

Daß die Hut- und Weidegerechtigkeit eines Servitutberechtigten die Mithut des Eigenthümers der dienenden Gründe nicht ausschließe, ist bekannt, zweifelhaft aber ist die Frage: ob in den Fällen eines auf eine ganze Gemeindemarkung zustehenden Weiderechts die Ausübung der Mithut ex jure dominii zum Besten aller der Gemeinde angehörigen Gutsbesitzer durch die Gemeinde mittelst einer Gemeindeschäferei geschehen könne, was in Seufferts rechtswissenschaftl. Abhandl. 1837. no. 1. bejaht, und wofür auch ein Erkenntniß des Oberhofger. in Mann- S. 265.

Digitized by Google

heim angeführt wird, s. Seufferts Archiv Bd. I. no. 9.*) oder ob es im Recht des Servitutberechtigten liege, die aus dem Eigenthum entspringende Mithut auf die Ausübung durch die einzelnen Gutsbesitzer, und jeden derselben auf Behütung seiner Grundstücke zu beschränken, wie das O. A. Ger. in München v. J. 1846. in einer in Seuffert und Glücks Blättern f. R. A. Bd. XV. 123. angeführten Entscheidung statutirt hat, ausgehend von folgenden Erwägungen:

Gegenstand des angesprochenen Weiderechts sind nicht Gemeingründe, welche als der moralischen Person eigenthümlich, von der Gesammtheit der Gemeindeglieder benutzt werden dürfen, sondern die eigenthümlichen Grundstücke der einzelnen Gemeindeglieder, insoferne dieselben in der Flurmarkung liegen und dieselbe bilden.

Das dem Eigenthümer zustehende Recht der Mithut ist daher ein jus singulorum, welches nur dann ein Gemeinheitsrecht, jus universitatis, werden kann, wenn alle Grundeigenthümer in ein gemeinschaftliches gegenseitiges Beweiden sämmtlicher privateigenthümlicher Grundstücke einwilligen, und in diesem Falle nur dann, wenn die wohlerworbenen Rechte eines Dritten nicht verletzt werden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 170. no. V. Ed. VI.

Das Eingehen einer solchen Mithutsgesellschaft von sämmtlichen Grundeigenthümern einer Flur enthält aber, gegenüber den Weideberechtigten, auf Seite jedes Einzelnen die ungesetzliche Einräumung einer weiteren Servitut zu Gunsten der Uebrigen, welche die schon rechtlich bestehende Servitut des Weideberechtigten jedenfalls bedeutend schmälert, wenn nicht in ihrem nutzbringenden Bestande beinahe aufhebt. Aus dem Umstande, daß hier das Weiderecht kraft universellen Titels auf der ganzen Flurmarkung in Anspruch genommen wird, folgt rechtlich nicht, daß die Eigenthümer dieser universitas rerum ihre besonderen Mithutsrechte durch die Annahme der Eigenschaft einer universitas personarum vereinigen dürfen, weil ihnen, da auf ihrer Seite nur eine communio juris besteht, der rechtliche Charakter einer moralischen Person abgeht.

*) Demselben liegt folgende Ansicht zu Grunde: es ist ein deutschrechtliches Genossenschafts-Verhältniß, welches die sämmtlichen Gutsbesitzer einer Flurmarkung als juristische Einheit bezüglich aller die Flurmarkung als ein geschlossenes Ganze betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen läßt. Indem nun für die Dorfgemeinde die Ausübung der Mithut auf der Flurmarkung in Anspruch genommen wird, ist dieselbe als Organ der Flurgenossenschaft zu betrachten.

Digitized by Google

Jus compasculationis reciprocum. Zur Anschaulichmachung der hier vorgetragenen Sätze mag folgender Rechtsfall dienen. S. 278. Fr. 13-15.

Die Schaafhofbesitzer in N. hatten früher eine Schaafhutgerechtigkeit auf der Flurmarkung H. Nachdem aber die Gemeinde H. dieselbe abgelöst hatte, fiel es den 5 Großbegüterten der Gemeinde H. ein, eine gemeinschaftliche Schaafheerde von 130 Stück zu halten, und damit in der Flurmarkung H. nicht nur ihre eigenen Grundstücke, sondern auch die Gemeindeänger zu behüten. Da nun aber den sämmtlichen Gemeindegliedern von H. das Hutrecht mit Rindvieh auf der Flurmarkung H. zustand, so erachteten diese sich hiedurch für beeinträchtigt, weil bekanntlich neben der Schaafhut eine Rindviehhut nicht wohl bestehen kann. Die 5 Großbegüterten behaupteten dagegen, die Behütung ihrer eigenen Grundstücke und der Gemeindeanger sey ein Ausfluß ihres Eigenthums- resp. Miteigenthumsrechts, und siegten mit dieser Behauptung in 2 Instanzen, allein mit besserem Grund entschied die 3. Instanz gegen sie. Denn unbestritten war das Recht sämmtlicher Gemeindeglieder zu H. ihre eigenen Grundstücke in der Flurmarkung gegenseitig zur Rindviehhut zu benützen. Bei einer solchen Rechtsgemeinschaft gilt der Grundsatz, daß kein Theilhaber ohne Zustimmung der Uebrigen in Bezug auf den Gegenstand der Gemeinschaft irgend etwas vornehmen darf, was dem anderen Mitberechtigten zum Nachtheil gereicht, l. 28. D. 10. 3. l. 11. D. 8. 5. Allgemein anerkannt aber ist es, daß das Hüten mit einer Schaafheerde, auf Plätzen, wo Rindvieh gehütet wird, letzterer Hut zum großen Nachtheil gereicht. — Das gegenseitige Beweidungsrecht der Gemeindeglieder ist durch den ökonomischen Bedarf des berechtigten Gutes begränzt. Etwas ganz anderes ist aber ein Schäfereirecht, d. i. das Recht, Schaafe zur Wollzucht zu halten. Eine Befugniß, neben der Koppelhut (jus compasculationis reciprocum) auf dem pflichtigen Lande eine Schäferei zu halten, läßt sich aus dem Eigenthume alleine nicht rechtfertigen, sondern es müßte ein besonderes, das Rindviehhutrecht der Gemeindeglieder beschränkendes Schäfereirecht erworben seyn, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 225.

Die Frage: ob auch die Bestimmung der Anzahl des zur Weide gebrachten Viehes, und hiedurch der Erwerb der Befugniß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfall auszuschließen, durch Verjährung geschehen könne, wurde von dem O. A. G. des K. Bayern dahin entschieden, daß dieses nur dann und in so weit geschehen könne, als sich der Hutberechtigte einmal der Ausübung der Mithut widersetzte, und sich der Eigenthümer dabei die Verjährungszeit hindurch beruhigte, vergl. S. 280. Fr. 17.

Digitized by Google

Kind Qu. for. T. II. c. 33. Wenn der Weideberechtigte den Eigenthümer von der Mithut ausschließen will, so ist die Nichtausübung des Letzteren kein zureichender Erwerbsgrund, sollte sie auch die Verjährungszeit umfassen: denn das Mithüten des Eigenthümers ist res merae facultatis. Glück P. R. Bd. X. S. 180. Kind II. 33. Erk. d. O. A. G. Jena in Emminghaus Pand. S. 477. no. 12.

Das Theilen der Heerde in verschiedene Haufen ist im Allgemeinen dem Weideberechtigten nicht zu verwehren. Benkendorf Ausz. aus d. oecon. for. III. S. 984. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 342.

Verjährung des Nießbrauchs.

S. 291. §. 4. Hierüber entschied das O. A. G. Wiesbaden folgendermaßen: Ein Haus, das C von seiner Großmutter ererbt hatte, besaß des C Hausvater B kraft väterlicher Gewalt von Ao. 1825 — 1840. Nun klagte des C Großvater A gegen B, weil die Großmutter, bevor sie Ao. 1822 starb, ihm (dem A) den Nießbrauch jenes Hauses vermacht hatte. Zwar kann nun B. sich nicht mit einer praescr. adquisitiva schützen, denn einem anderen Usufructuar gegenüber begründet Ausübung des Nießbrauchs denselben keineswegs durch Verjährung, weil das Nießbrauchsrecht überhaupt nicht, sondern nur dessen Benutzung an Andere übertragen werden kann; §. 2. J. 2. 4. — l. 66. D. 23. 3. — l. 12. §. 2. D. 7. 1. Allein die praescr. extinctiva tritt dem B zur Seite. Hiezu ist so wenig als Besitz auch guter Glaube oder ein Titel nöthig. Wening Civilr. §. 156. Thibaut Verjährung II. §. 53. Schweppe System §. 310. Auch kann unter Anwesenden nur Klaganstellung, nicht außergerichtliche Protestation jene Verjährung unterbrechen, l. 2. 3. C. 7. 40. — l. 3. C. 7. 39. Endlich bedarf es auch keiner usucapio libertatis, obschon Mühlenbruch Pand. §. 290. Buchholz Versuche S. 193. es behaupten, denn l. 16. §. 1. C. 3. 33. hat diesen Sinn keineswegs. Glück P. R. Bd. IX. S. 370. Thibaut System §. 1026. v. Vangerow Pand. §. 357. Ueberdies wäre usucapio libertatis in dem Besitz des B sattsam enthalten, um so mehr als er den Besitz des C als Eigenthümers vermittelt. Flach Entscheid. III. S. 19.

Extinctiv-Verjährung deutschrechtlicher Reallasten.

S. 320. Fr. 13. Was hier als die herrschende Meinung angezeigt ist, daß nämlich das Recht auf Reallasten nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren werde, s. auch Maurenbrecher deutsch. Privatr. S. 224. wird, — und zwar nur weil es herrschende Meinung ist, — bestätiget durch ein Erkenntniß des O. A. G. in Stuttgart, s. Tafel auserlesene Civilrechts-

Digitized by Google

sprüche Bd. I. H. 2. S. 153. Dagegen aber hat sich, und nach dem Vorgang Eichhorns im deutsch. Privatr. §. 167. gewiß mit besserem Grund das O. A. G. in München ausgesprochen, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanwend. Bd. XIII. S. 261. und folgende Gründe geltend gemacht: da die Verjährung aus dem römischen Recht in die deutschen Rechtsinstitute übertragen ist, so müssen auch die Grundsätze über Erwerb und Verlust der Incorporalrechte durch Verjährung nach den darin statuirten Verschiedenheiten und Modalitäten in Anwendung gebracht werden.

Nach Analogie der serv. praed. urban. könnten die deutschrechtlichen Reallasten unmöglich behandelt werden, vielmehr paßt das Verhältniß der Rusticalservituten vollkommen auf sie, indem auch bei ihnen die Eigenschaft einer in Zwischenräumen wiederkehrender Ausübung des Rechtes vorkommt, worin eigentlich der Grund liegt, warum bei ihnen der bloße Nichtgebrauch zur erlöschenden Verjährung hinreicht, wie schon im Bd. I. S. 320 zu Fr. 13. bemerkt wurde, indem sich hier aus der bloßen Unterlassung der Rechtsausübung in einer bestimmten Zeit auf einen Verzicht des Berechtigten schließen läßt. Glück P. K. Bd. X. S. 267. Hiernächst wird sich auf dasjenige bezogen, was der von uns schon angeführte Duncker in der Lehre v. d. Reallasten Abschn. III. §. 32. und Wolff Lehrb. d. gem. deutsch. Privatr. §. 127. not. 284. über die Unanwendbarkeit der von den Anhängern der entgegengesetzten Ansicht geltend gemachten l. 7. §. 6 C. 7. 39. gründlich ausgeführt haben.

Rechtsmittel bezüglich der Servituten.

Actio negatoria, vgl. S. 214 not. * und Bd. I. S. 161. Fr. 11. Die von uns übereinstimmend mit der Glossa ad l. 8. C. de servit. angenommene und durch die angesehensten Autoritäten unterstützte Meinung, daß auch dann, wenn sich der Beklagte im Quasibesitz der Servitut befindet, der Kläger nur den Beweis seines Eigenthums zu führen, nicht aber auch die Nichtexistenz der Servitut zu beweisen brauche, ist neuerlich von Samhaber in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 133. jedoch ohne Anführung neuer Gründe, angefochten worden. Diese entgegengesetzte, den Negatorienkläger diesfalls mit dem Beweis der Nichtexistenz der Servitut belastende Meinung, welche außer den bereits von uns angeführten Schriftstellern, auch von Schweppe im röm. Privatr. Bd. II. §. 314. und Thibaut System d. Pand. R. §. 771. Ed. 8. vertheidigt wird, hat neuerlich das O. A. G. in Lübeck, s. Hamburger Samml. Bd. I. H. I. S. 322.

Digitized by Google

S. 68. und das O. A. G. in München, s. Seufferts Archiv Bd. I. H. I. S. 21. und Blätter f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 272. in zweierlei Erkenntnissen adoptirt. Bei den Würtembergischen Gerichtshöfen hat bald diese, bald die entgegengesetzte Meinung die Oberhand gewonnen, jedoch ungeachtet der Obertribunals-Präsident v. Bolley selbst die vorzüglich von Francke und Mittermaier l. c. ausgeführte, auch von Göschen in s. Vorlesungen über das gem. Civilr. Bd. II. S. 67 ꝛc. vertheidigte Thesis der Oberappellationsgerichte des Herzogthums Nassau und des Großherzogthums Hessen, daß der angebliche Servitutberechtigte selbst dann die Beweislast zu tragen habe, wenn er durch ein früheres Erkenntniß im Besitz der Servitut geschützt erscheint, in Schutz genommen hatte, hat in neueren Entscheidungen v. J. 1846 u. 1847 das Obertribunal sich zu dem Grundsatz bekannt, daß dem im Besitz befindlichen Beklagten gegenüber der Negatorienkläger beweispflichtig sey, s. Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis der Würtembergischen Civilgerichte. Neue Folge. H. 1. S. 85 ꝛc.

Kirchenbaulast.

S. 360. Die Freiheit von der Beitragspflicht zu Kirchenbaulasten kann durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, indem durch den unvordenklichen Besitz bis zum Beweise des Gegentheils die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß jene Freiheit sich auf einen genügenden Titel stütze. Für den Beweis des unvordenklichen Freiheitsbesitzes ist es hinreichend, wenn binnen unvordenklicher Zeit auch nur ein Fall nachgewiesen wird, in welchem der Verpflichtete zu der Kirchenbaulast zu contribuiren verbunden war, hierzu aber weder aufgefordert worden ist, noch einen Beitrag geleistet hat. Denn es kommt bei dem unvordenklichen Besitze nur darauf an, daß eine Veranlassung eingetreten sey, die Berechtigung auf Leistung von Beiträgen gegen den Verpflichteten geltend zu machen.

Der Anspruch auf Anerkennung der Freiheit von der Beitragspflicht zu Kirchenbaulasten kann mittelst der für dergleichen deutsche Rechtsverhältnisse analog anwendbaren negatorischen Klage geltend gemacht werden, s. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 56.

S. 360. Kirchhöfe. Nach protestantischem Kirchenrecht werden sie nicht wie vermöge der Consecration nach katholischem Kirchenrecht, den rebus sacris oder religiosis beigezählt, sie gehören vielmehr unter die Gemeindesachen. Nur wenn sich der Kirchhof auf dem mit der Kirche zusammenhängenden Hof befindet, wird er als accessorium derselben

Digitized by Google

betrachtet, welches die Folge hat, daß derjenige, welcher die Kirche zu unterhalten hat, auch den Kirchhof unterhalten muß, s. Erkenntniß d. O. H. G. in Mannheim in den Jahrbüchern v. J. 1834. S. 35. Daraus folgt, daß derjenige, welcher bisher die Unterhaltungskosten des zugleich als Begräbnißplatz benutzten Kirchhofs als eines Accessoriums der Kirche bestritten hat, weil ihm die Kirchenbaulast oblag, deshalb nicht verbunden seyn kann, die Kosten einer durch Vermehrung der Gemeinde nothwendig gewordenen Erweiterung des Begräbnißplatzes zu tragen, denn die Anlegung und Unterhaltung von Begräbnißplätzen ist regelmäßig nicht Sache des Kirchen-Bauherrn, sondern der Gemeinde.

Emphyteusis.

Der Satz: daß selbst der Minderjährige das Erbzinsgut verliere, wenn sein Vormund die Zahlung der Canons 3 Jahre lang unterlassen hat ist zwar von Buchholz in Schneider und Richters krit. Jahrb. v. J. 1848. S. 978. für unrichtig erklärt. Allein die l. 2. C. XI. 61., auf welche er sein Urtheil gründet, s. v. Buchholz juristt. Abhandl. S. 320., man mag sie nun, wie in der deutsch. Uebersetzung des Corp. jur. Bd. VI. S. 609. von Pachtschillingen der Krongüter (fundi patrimoniales) oder wie Glück l. c. Bd. VIII. S. 542. not. 30. von pensitationibus publicis (öffentlichen Abgaben) verstehen, spricht auf keine Weise vom Canon, und kann also der l. 23. C. 5. 37., welche den Verlust des Erbzinsguts bestimmt ausspricht, und den Minderjährigen an seinen Vormund verweist, wohl nicht entgegenstehen. S. 379. Fr. 17.

Jus superficiarium.

Indem das Wesentliche der superficies darin gefunden wird, daß nach der Absicht der Contrahenten der Eine auf dem Grund und Boden des Andern ein Gebäude als Eigenthum haben soll, ohne zugleich Eigenthümer des Grund und Boden selbst zu werden, l. 9. §. 4. D. 39. 2. Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 385. lag der Gedanke nahe, daß mit dem Untergang des Gebäudes auch das dazu verliehene Recht erlösche, Donell. comm. de jure civili Lib. IX. Cap. 18. §. 4 u. 5. Hofacker Princ. jur. civ. Tom. II. §. 1074. was sogar hie und da als communis opinio erklärt wird, s. Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 266. aber mit l. 39. §. 2. D. 39. 2. ganz unzulänglich begründet werden will, auch von Andern nur mit der Einschränkung behauptet wird, si nec rudera superficiei ad reficiendum supersint, Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 43. tit. 18. §. 35. Es ist aber unter den Neuern die Meinung überwiegend, daß der Superficiar S. 380.

Digitized by Google

durch den Untergang des Gebäudes in keinem Fall das Recht der Wiederaufbauung verliere; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. S. 250. §. 326. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 18. pag. 354. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. S. 393. (§. 124.) Leyser Sp. 59. Med. XI. Cor. 3. — und dafür hat sich auch das O. A. Ger. in München entschieden, s. Seuffert u. Glück Bl. f. R. A. Bd. XIV. S. 298. Eine vollständige Zusammenstellung der Unterschiede zwischen Emphyteusis und superficies s. v. Buchholz juristi. Abhandl. no. XXV.

Pfandrecht.

S. 422. Fr. 16. Der Satz: „Für die Entwährung haftet nicht der Pfandgläubiger, „sondern der Pfandschuldner als Besteller des Unterpfands," ist neuerlich von Bachofen d. röm. Pfandr. Bd. I. S. 191 ꝛc. 560 ꝛc. 582 ꝛc. und nach ihm von Buchka Lehre v. d. Stellvertretung S. 50. bestritten worden, denn — sagt man — durch den Pfandvertrag werde das Verkaufsrecht selbstständig in der Person des Pfandgläubigers begründet; da folglich der Verkauf von ihm vermöge eigenen Rechts geschieht, könne er bei Vollziehung dieses Geschäfts nur in eigenem Namen handeln und bleibe der Verpfänder dem aus dem Verkaufe hervorgehenden obligatorischen Nexus eben so fremd, wie dem Verkaufsvertrage selbst. — Da aber wenigstens dies auch von den angeführten Schriftstellern nicht geläugnet werden kann, daß gegen den Verpfänder eine actio utilis gegeben wird, wenn und so weit er nach Eviction des Pfandes auf Kosten des Käufers als bereichert erscheint, l. 12. §. 1. D. 20. 5. — so scheint der Streit, indem er sich mehr um den Grund, aus welchem der Verpfänder haftet, als um die Haftungsverbindlichkeit selbst dreht, für die Praxis um so weniger von Erheblichkeit, als h. z. T. der Pfandgläubiger gewöhnlich nicht selbst verkauft, sondern durch das Gericht verkaufen läßt, welchenfalls l. 74. §. 1. D. 21. 2. unzweifelhaft zur Anwendung kommt.

S. 440. Fr. 2. Privilegium dotis. Daß die Forderungen des fiscus ex contractu dem Heirathsgut der Ehefrau nachstehen, bestätigt ein Erkenntniß d. O. A. G. zu Cassel, s. Strippelmanns Samml Th. IV. Abth. I. S. 282., welcher auch gegen die Ansicht v. Löhrs im civ. Arch. Bd. V. S. 290. das privilegium dotis unbedingt, mithin nicht blos in dem Fall auf die Kinder übergehen läßt, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. Vangerow Pandekten §. 386. no. 2.

S. 446. Fr. 10. Das privilegium crediti in restitutionem aedificii ist nach l. 1. D. 22. 2. blos auf den Gelddarleiher zu diesem Zweck beschränkt und

Digitized by Google

nicht auf diejenigen, welche Materialien oder Arbeiten dazu geliefert haben, — wie gleichwohl von Mehreren behauptet wurde, s. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 69. Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 170. Gmelin Ordn. d. Gläubiger Cap. V. §. 104. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1178. auszudehnen, s. Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. H. 3. S. 101. Erk. d. O. A. G. in Jena in Seufferts Archiv Bd. II. H. 3. S. 337. — Die Meinung, daß dieses Privilegium nicht blos dem Darlehn zum Wiederaufbau, sondern auch zur Restauration eines baufälligen Gebäudes gebühren soll, s. Glück P. R. Bd. XIX. S. 33. und die nota 93. angeführten Autoren, — wogegen sich aber die meisten neueren Rechtslehrer erklärt haben, s. Gesterding Pfandr. §. 17. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 78. Thibaut System d. Pand. §. 788. Puchta Pandekten §. 183. v. Vangerow Pand. §. 376. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 169. Göschen Vorlesungen Th. II. §. 339. wird neuerlich verworfen von Madai l. c. S. 103.

Das *jus distrahendi* des Pfandgläubigers setzt bekanntlich voraus: S. 460.

a) daß die Forderung fällig sey. — Es genügt, wenn sie auch nur §. 7. zum Theil fällig ist. Gegen Glücks irrige Auslegung der l. 8. §. 3. D. 13. 7. im P. R. Bd. XIX. S. 383., als dürfte der Gläubiger bei einer auf mehrere Zahlungstermine gestellten Forderung, nach fruchtloser Verstreichung einiger Fristen noch nicht, sondern erst nach Verfluß aller zum Verkauf des Pfands schreiten, findet sich widerlegt in Sintenis Handb. S. 506. Fritz Erläuterungen zu Wening S. 456. Wening in Linde's Zeitschr. I. S. 354. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 785.

b) Liquidität der Forderung kann wohl nicht, wie Glück l. c. und Müller in d. civil. Abh. no. 3. dafür halten, als wesentliche Voraussetzung gelten, denn wie v. Vangerow l. c. S. 786. dagegen bemerkt, ist in einem darüber erhobenen Proceß die Forderung als ungegründet erkannt, so ist freilich die geschehene Veräußerung nichtig, aber nicht wegen Illiquidität, sondern wegen Nichtexistenz der Forderung, zeigt sich aber die Forderung als gegründet, so bleibt ungeachtet des Widerspruchs des Schuldners die Veräußerung gültig. Nur darf der Rechtsstreit nicht schon vor der Veräußerung entstanden seyn, l. 1. pr. D. 44. 6. — l. 1. C. 9. 37.

c) Ob mora accipiendi des Gläubigers denselben an der Veräußerung hindere, muß wohl in so ferne verneint werden, als l. 2. C. 8. 29. ausdrücklich erfordert, daß der Schuldner diesfalls die von ihm

Digitized by Google

geschehene Deposition nachweisen müßte, s. v. Vangerow l. c. Dagegen wird **mora solvendi** auf Seite des Schuldners gewöhnlich als Erforderniß behauptet. Wenn auch Sintenis l. c. und Wening l. c. dieß läugnen, s. auch v. Vangerow l. c. S. 786., so scheinen dabei nur solche Fälle vorausgesetzt zu seyn, wo zwar in **facto** eine Verzögerung obwaltet, aber doch der Rechtsbegriff der **mora** mangelt.

d) Unstreitig muß vor Allem der Gläubiger dem Pfandschuldner — wenn auch nur außergerichtlich, s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 643. Glück l. c. S. 386. anzeigen, daß er bei länger ausbleibender Zahlung das Pfand verkaufen werde. Diese Denunciation ist auch dann, wenn für die Zahlung eine bestimmte Frist festgesetzt ist, **ubi dies interpellat pro homine**, nichtsdestoweniger nöthig. Glück l. c. S. 388. Sintenis Pfandr. S. 509. Doch steht das verurtheilende richterliche Erkenntniß der Anzeige gleich. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 642. v. Vangerow l. c. I. S. 786. Nach Justinians Vorschrift l. 4. C. 8. 28. — l. 3. §. 1. C. 8. 34. muß der Pfandgläubiger noch 2 Jahre nach geschehener Denunciation mit dem wirklichen Verkaufe zuwarten, was aber freilich nach Gottschalk Disc. for. T. II. S. 245. und den in **not. ii.** wie auch von Glück l. c. XIX. S. 389. citirten Rechtlehrern, Stryck, Brunnemann, Berger, Wernher u. a. m. nicht in usu ist. Eine einfache Denunciation ist hinreichend, l. 4. C. 8. 28., ausgenommen, wenn der Gläubiger der Befugniß, das Pfand zu verkaufen, sich ausdrücklich begeben hatte, denn wenn gleich ein solcher Verzicht im Ganzen unwirksam ist, so hat er doch die Wirkung, daß eine dreimalige Denunciation vor dem Verkaufe nöthig ist, l. 4. 5. D. 13. 7. Gottschalk l. c. S. 243. v. Vangerow l. c. S. 787. no. 4., wobei übrigens bestritten ist, ob dann die 2 Jahre von der ersten oder der letzten Denunciation zu laufen anfangen, s. v. Vangerow l. c.

e) Hat der Gläubiger mit Nichtbeobachtung eines gesetzlichen Erfordernisses das Pfand verkauft, so ist die Veräußerung nichtig, und der Schuldner kann die Sache vindiciren, l. 7. C. 8. 28. Glück l. c. S. 392. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 21.

f) Der Gläubiger muß beim Verkauf des Pfands, weil er eigentlich im Namen des Pfandschuldners handelt, dessen Interesse in Obacht nehmen, und daher durchaus **bona fide** verfahren, z. B. das Pfand nicht durch einen Andern für sich kaufen lassen; s. Glück l. c. S. 390. §. 1100., indessen ist es nicht gerade nöthig, daß er den Verkauf

Digitized by Google

gerichtlich bewerkstelligen lasse. Gesterding Pfandr. S. 151. §. 23. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 286.

Hat der Pfandgläubiger — wenn gleich mit Beobachtung der oben beschriebenen Erfordernisse das Pfand verkauft, ist aber dabei auf andere Weise mala fide zu Werk gegangen, so kann der Pfandschuldner freilich nicht gegen den Käufer vindiciren, sondern nur einen Entschädigungsanspruch an seinen Gläubiger geltend machen. Ausnahmsweise kann er den Käufer jedoch ebenfalls auf Rescission des Kaufs belangen, wenn dieser gleichfalls in mala fide war, s. Glück l. c. S. 393. und noch überhaupt nach der Meinung Mehrerer im Fall der Insolvenz des Gläubigers, vermöge tit. Cod. de distr. pign. 8. 28. v. Vangerow l. c. S. 788. no. 6. Müller civil. Abh. no. 3. Sintenis Hdb. S 507.

g) Daß der Pfandgläubiger, wenn er an der erforderlichen Denunciation durch Abwesenheit des Schuldners und Unbekanntschaft seines Aufenthalts verhindert ist, zu Anrufen der Obrigkeit, öffentliche Vorladung, Bestellung eines Abwesenheits-Vormunds u. dgl. verpflichtet sey, wie Einige dafür halten, s. Leyser Sp. 232. Sintenis l. c. S. 530. kann wohl nicht mit Grund behauptet werden; l. 3. §. 2—6. C. 8. 34. handeln blos von dem Fall, wenn dem Gläubiger selbst das Pfand zugeeignet werden will. Entfernt sich der Schuldner ohne zu zahlen, sorgt aber nicht dafür, daß die Privatdenunciation ihn erreichen kann, so giebt er zu erkennen, daß er kein Interesse beim Verkaufe habe, l. 24. l. 81. §. 1. D. 35. 1. — l. 50. D. 18. 1. — l. 23. D. 28. 7. — l. 85. §. 7. D. 45. 1. — l. 39. 161. D. 50. 17. — c. 41. de reg. jur. in VI^to müssen analog angewendet werden, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden 1852. S. 21.

Steinkohlen zu graben, — bestimmte 1851 das O. A. G. Ger. Dresden, — ist der Pfandgläubiger zu untersagen nicht befugt. Deren Abhub darf nicht als Verminderung der Substanz immer angesehen werden, sondern er bildet der Regel nach einen Theil der Benutzung des Grundstücks. Allein dies führt nur auf ein Recht, pflegliche Benutzung, insonders Schonung der Oberfläche, zu fordern. Nachtheiliger sind Stein-, Kreiden- und Sandgruben, weil sie nicht auf das Unterirdische sich beschränken, sondern die Oberfläche angreifen. Dennoch treten für die Usufructur blos l. 9. §. 2., l. 13. §. 5. 6. D. 7. 1. ein, s. auch Zeitschr. f. Rpflege VIII. S. 30. (wo das Königl. Sächs. Particularrecht erörtert ist), Wochenbl. f. Rechtsfälle 1851. S. 351. S. 460. §. 7.

Digitized by Google

S. 468. Fr. 12. Die Grundsätze, nach welchen zu entscheiden ist, ob im Fall eine vom letzten Besitzer verpfändete Sache an einen früheren Eigenthümer zurück gelangt, das Pfandrecht gegen den Rückerwerber geltend gemacht werden könne, haben so, wie sie hier und im Bd. II. Abth. II. S. 644. Fr. 28. entwickelt sind, Bestätigung gefunden in den Entscheid. d. geh. Obertribunals in Berlin Bd. IX. S. 428, vgl. Thibaut System §. 199. Mühlenbruch Pandekten §. 406.

S. 472. Fr. 16. Die Verjährung der Pfandklage, — hebt nach einer Entscheidung des O. A. G. in Dresden, v. J. 1852. auch für den dritten Besitzer mit dem Momente an, wo für den Schuldner und seine Erben die Verjährung von 40 Jahren beginnt, was nach der Lehre Webers v. d. natürlichen Verb. §§. 110. 111. zu bestimmen ist. Man darf nicht mit Unterholzner Entwickl. II. S. 225. verlangen, daß, um dem dritten Besitzer die Berufung auf 30jährige Verjährung einzuräumen, er anzuführen habe, daß er und andere, ebenfalls dritte, Besitzer so lange das Pfand unbeunruhigt besessen hätten, l. 7. §. 2. C. 7. 39. handelt nur von dem singulären Fall, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger das Pfand besitzt und gegen diesen ein älterer Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend machen will. Die hinzugefügte Motivirung läßt sich nicht auf ein Princip, das allgemein anwendbar, oder mit l. 7. §. 1. C. 7. 39. in Einklang zu bringen wäre, zurückführen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 217.

Digitized by Google

II.

Erbrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Pro herede gestio.

Die hier angeführte Meinung Thibauts: daß ein *suus*, der im Besitz der Erbschaftssachen geblieben, darthun müsse, daß er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus andern Gründen fortgesetzt habe, hat sich das O. A. G. in München angeeignet, jedoch mit dem Beifügen: diese Voraussetzung sey nicht gegeben, wenn nur vorliegt, daß der suus Sachen, welche aus dem Vermögen des Vaters gekommen, in Besitz habe, ohne daß zugestanden oder bereits dargethan ist, daß sie ihm nach dem Tode des Vaters aus dessen Nachlaß zugekommen seyen, s. Seuffert u. Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 80. S. 490. Fr. 8.

Das O. A. G. in Cassel hat mit folgenden Handlungen nicht den Charakter einer pro herede gestio verbunden erachtet:

1) wenn der Vater des Verstorbenen Kleider des letztern lediglich als Entschädigung für die von ihm bestrittenen Leichenkosten angenommen, oder wo der Sohn des Verstorbenen Kleidungsstücke des letztern nur zu dem Zweck, um aus deren Erlös einen Theil der Beerdigungskosten zu bestreiten, veräußert hat.
2) Als eine Wittwe das Andenken ihres verstorbenen Mannes durch Zahlung einer Schuld desselben geehrt, ist man von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß hier ein Act der Pietät vorliege, und die Ehefrau sich dadurch nicht als Erbin ihres Mannes gerirt habe.
3) Die Annahme einer pro herede gestio wird dadurch ausgeschlossen, daß die Handlung vorgenommen wurde, um in einer anderen als auf das Erbrecht gegründeten Eigenschaft aufzutreten. Hat z. B. der Vater nach dem Ableben seines Kinds diejenigen Kleidungsstücke, welche er demselben während der väterlichen Gewalt angeschafft hatte, wieder zu sich genommen, und darüber, wie über sein Eigenthum verfügt, oder hat der Gläubiger des Erblassers Theile der Erbschaft zum Zweck seiner Befriedigung in

Digitized by Google

Besitz genommen, so schließen diese und dergleichen Zwecke die Annahme der auf Erbschaftsantretung gerichteten Absicht aus. Hieher gehören auch:

4) Fälle, wo es feststeht, daß der Handelnde die Erbschaftssachen wenigstens nicht unmittelbar aus dem Nachlaß des Verstorbenen sich angeeignet habe; oder wo der Berufene Nachlaßgegenstände, z. B. Kleider zwar veräußert hat, aber lediglich in der Absicht, um sie ihrer Beschaffenheit wegen aus dem Hause zu schaffen, oder wo derselbe als Geschäftsführer gehandelt hat.

Liegt aber eine Handlung vor, welche nur von dem Erben als solchen vorgenommen werden kann, z. B. Abtretung der Erbschaft, so ist eine beigefügte widerstreitende Protestation unwirksam, s. Strippelmann Samml. Th. V. S. 359 ꝛc.

S. 491. Fr. 11. Die hier bemerkte Bestimmung der jüdischen Ritualgesetze, nach welcher der Ehemann Universalerbe*) seiner Ehefrau ist, wenn sie im Lauf der Ehe, sei es mit oder ohne Hinterlassung von Kindern stirbt, ist in der Praxis gewöhnlich beschränkt, indem, was den Todesfall der Frau betrifft, dieselbe Einrichtung in den zweiten Ehepakten oder Trauungspakten verabredet zu werden pflegt, welche die Gemeinden zu Speier, Worms und Mainz zur Observanz gemacht haben. Hiernach muß der Mann, wenn die Frau in dem ersten Jahre nach der Hochzeit, ohne Kinder von diesem Manne zu hinterlassen, stirbt, ihren Erben Alles zurückgeben, was sie ihm eingebracht, nach Abzug der ordentlichen Kosten, worunter verstanden wird: 1) der Maaser, oder der bei der Trauung von der baaren Mitgift vertheilte (theilweise auch zur Bestreitung der Hochzeitkosten verwendbare) Zehent; 2) der Kostenaufwand für die Beerdigung und Krankheitsfälle der Frau. Er braucht

*) Die Bezeichnung desselben als Universalerbe hat übrigens im jüdischen Recht eine sehr eingeschränkte Bedeutung. Es wird nämlich unterschieden zwischen „Muchsek" oder was die Frau in effectivem Besitz hatte, und „Ruja," d. i. was sie zu bekommen hat. Unter letzterem werden nicht nur Anwartschaften, sondern auch Außenstände verstanden. Muchsek, aber nicht Ruja, ist im s. g. Universalerbrecht des Mannes begriffen. Wenn aber Isidor Kaim in Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 839. auch die Hypotheken von dem Universalerbrecht des Mannes ausgenommen wissen will, so ist dies gewiß nicht zu billigen, vielmehr muß man mit Moses Mendelsohns Ritualgesetzen der Juden Hptst. IV. Abs. XI. §. 1. sagen: „der Mann ist Universalerbe seiner Frau, mit Ausnahme eines Gutes, auf welches sie blos Anwartschaft hat, so auch aller ausstehenden Schulden, welche nicht Hypothek oder Unterpfand haben," denn an dinglichen Rechten, die auf körperlichen Sachen haften, findet allerdings ein Besitz statt, s. Richter Aufsätze ꝛc. S. 32.

Digitized by Google

aber auch nur zu restituiren, was bei Ableben der Ehefrau von deren eingebrachtem Vermögen noch vorhanden ist, nicht aber was ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist. Die Rabbiner dehnen diesen Grundsatz auch dahin aus, daß der Mann von den baaren Illaten dasjenige, was im Handel unverschuldeter Weise zu Verlust gegangen, nicht herauszuzahlen hat, jedoch nicht so weit, daß der Mann auch dasjenige in Abzug bringen dürfte, was zur Bestreitung der ehelichen Lasten von ihm verausgabt worden ist, wenn gleich dadurch das Eingebrachte der Frau vermindert worden ist. Sowie aber von ihm die ehelichen Lasten allein zu tragen sind, so fallen ihm auch alle Zuwächse zu, ohne daß die gesetzlichen Erben der Frau auf solche Anspruch haben. Stirbt die Frau im zweiten Jahre der kinderlos gebliebenen Ehe, so beschränkt sich das ihren Erben zukommende Rückfallsrecht auf die Hälfte ihres Nachlasses, wie sich solcher nach Abzug des Zehenten und der Einbuße herausstellt. Auf beide Hälften sind dann auch die Krankheits- und Beerdigungskosten zu repartiren. Diesem Rückfallsrecht ist übrigens die Singularität eigen, daß es nicht nur dann zu Gunsten der Erben der Frau eintritt, wenn diese in der beschriebenen kurzen Zeit ihrer ehelichen Verbindung kinderlos stirbt, sondern auch wenn sie zwar ein Kind geboren, dieses aber nicht die erforderliche Lebensfähigkeit gehabt hat,*) was außer dem Fall, da es kein unzweifelhaft ausgetragenes Kind ist, auch dann angenommen wird, wenn dasselbe nicht einmal 30 Tage gelebt hat, s. Feust in Seuffert und Glücks Bl. f. Rechtanw. Bd. XI. S. 353. Bd. XII. S. 257., vgl. Seufferts Kommentar Bd. III. S. 43. prakt. P. R. §. 99.

Auch die Bestimmung der jüdischen Ritualgesetze, wonach die Töchter nicht anders erben können, als wenn keine Söhne vorhanden sind, hat durch den Gebrauch eine Abänderung erlitten, nach welchem die Eltern den Töchtern bei ihrer Verheirathung das halbmännliche Erbtheil verschreiben, s. Mendelsohns Ritualgesetze der Juden 1. Hptst. 3. Abschn. §. 6.**)

Praktisch ist noch das Recht der Erstgeburt, s. 5. Buch Mose 21. 17. Der erstgeborne Sohn erbt daher doppelt soviel als die jün-

*) Nach den Schum'schen Observanzen: wenn die Frau stirbt, ohne beständigen Saamen zu hinterlassen.

**) Die Eltern sind übrigens unverhindert, allen oder auch nur Einer oder der Andern von ihren Töchtern auch den ganzen Erbtheil eines nachgebornen Sohnes an ihrem beweglichen Vermögen zu verschreiben. Sent. Rabbin. Cap. I. §. 2. not. 2. Seuffert u. Glück l. c. Bd. XII. S. 17.

Digitized by Google

geren Söhne. Es wird dies berechnet, indem man zu der Anzahl der Söhne noch Einen hinzurechnet, und in dieser Anzahl den Erstgebornen für zwei Söhne ansieht; sind z. B. drei Söhne vorhanden, so erbt der Erstgeborne die Hälfte, von den übrigen jeder ein Viertel des Nachlasses, s. J. Kaim in Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 833.

S. 502. u.not.** Die Brautkinder erben, auch wenn beide Theile von der Sponsation abgehen, s. Urtheil der Facultät Leipzig in Emminghaus Pand. S. 284. no. 30. vgl. Hommel Rhaps. Obs. 706.

S. 520. Fr. 1. Die hier berührte Controverse wird außer den bereits angeführten Schriftstellern, neuerlich auch von v. Savigny im System d. h. r. R. Bd. VIII. S. 488. übereinstimmend mit Göschen Vorlesungen III. 2. §. 929. dahin entschieden, daß in der Collision des jus accrescendi mit der successio graduum das jus accrescendi den Vorzug haben müsse, s. auch Fein in d. Forts. v. Glücks Comm. Bd. 43. S. 270.

Testirfähigkeit.

S. 528. Fr. 5. Ein dem Richter von einem Testirer überreichtes schriftliches Testament, welcher zur Zeit der Ueberreichung seines Testaments bis zu dem Grade, Geschriebenes nicht lesen zu können, schwachsichtig war, wurde vom O. A. G. in Celle für ungültig erkannt, denn ein solcher Testirer hätte ja selbst sich außer Stande befunden, die Identität des letzten Willens zu prüfen, und auch das Gericht konnte nicht durch die bloße Uebergabe die rechtliche Gewißheit erlangen, daß die übergebene Schrift wirklich den letzten Willen desselben enthalte, sondern nur durch Vorlesung und Anerkennung desselben, s. juristi. Ztg. f. d. Königr. Hannover 1841. H. I. S. 85.

S. 532. Fr. 8. Die Frage: wie muß der Beweis des Blödsinns geführt werden, wenn die bei Leibzeiten nicht für blödsinnig erklärte und nicht unter Curatel gesetzte Person bereits gestorben ist, wird in v. Bülow u. Hagemanns pr. Erört. Bd. V. S. 41. dahin beantwortet: „durch dessen Aerzte, wenn er deren gehabt hat, außerdem können durch Zeugen wohl solche Thatsachen, welche den Schluß auf Blödsinn begründen, dargethan, es muß aber noch über deren Aussagen ein ärztliches Gutachten erhoben werden.

Erfordernisse der Willenserklärung.

S. 545. §. 3. Wenn jemand sein Testament mündlich kund giebt, aber doch zugleich niederschreiben läßt, so kann darüber, ob ein solches Testament als ein schriftliches oder als ein mündliches zu betrachten sey, großer Zweifel in dem Fall entstehen, wenn z. B. wohl die Formalitäten der zweiten aber nicht der ersten Testirweise sich beobachtet finden, Glück

Digitized by Google

im P. R. Bd. XXXIII. §. 1401. erklärt ein solches Testament für ein testamentum mixtum, und erachtet: „wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er nur in der einen Form habe testiren wollen, so könne das Testament, wenn es auch in der einen Form nicht bestehen kann, gleichwohl in der andern gelten.“ Hiermit stimmen überein: Hofacker Princ. §. 1270. Cons. Tubing. Vol. II. Cons. 76. no. 19. Schweppe röm. Privatr. §. 817. Diesem gemäß erkannte auch ein K. Würtembergisches Obergericht in einem Fall, wo die Requisita eines schriftlichen Testaments nicht, wohl aber eines mündlichen vollständig vorlagen, für dessen Aufrechthaltung in der Eigenschaft eines mündlichen Testaments. Im Zweifel muß man annehmen, daß der Testator diejenige Form gewollt habe, in welcher sein letzter Wille Kraft haben kann, l. 3. D. 29. 1. de test. militis.

Der Umstand, daß der in dem mündlichen Privattestamente eingesetzte Erbe während des Errichtungsacts im Krankenzimmer des Testators anwesend gewesen, schadet der Gültigkeit des Testaments nicht, s. Strippelmann Erk. d. O. A. G. in Cassel. Bd. IV. 1. S. 245. 255. 269. 277. 279.

Hinsichtlich der Frage: ob ein auf Befragen gemachtes Testament gelte, hat sich das O. A. G. in München für die von uns aufgestellte Ansicht entschieden, in Erwägung, daß bei dem Abgang einer ausdrücklichen Bestimmung es nur darauf ankommt, daß der letzte Wille unter den vorgeschriebenen Solennitäten, nicht wie er erklärt worden ist, s. Seufferts Archiv Bd. III. H. 2. S. 205. Uebereinstimmend ist Hofacker Princ. jur. civ. §. 1267. Faber Err. Pragm. Dec. 69. Err. 1. 2. S. 548. Fr. 4.

Von Nebenbestimmungen.

Ueber die Wirksamkeit der clausula privatoria, vermöge welcher diejenigen, welche vom Testator als Erben, oder mit Vermächtnissen bedacht sind, das hinterlassene verlieren sollen, wenn sie seinem Willen nicht entsprechen, insbesondere gegen das Testament einen Streit erheben, sind die Ansichten der Rechtslehrer in so ferne getheilt, als mehrere namentlich der älteren Juristen die Wirksamkeit der Bedingung bei einem gerechten Streit ausgeschlossen wissen wollen. Voet Comm. Lib. 34. tit. 6. no. 3. Kind Qu. for. T. I. c. 62. Müller Promtuar. jur. T. I. pag. 619. Allein schon Averanius interpret. jur. T. I. l. 29. hat darauf aufmerksam gemacht, daß der vom Testator S. 551. §. 4.

Digitized by Google

gesetzte Verlust nichts mit dem in den Gesetzen angedrohten gemein habe, und daß es bei Ersterem sich lediglich um die Willensmeinung des Testirers handle, welche, soferne sie den Gesetzen nicht zuwiderläuft, zum Vollzuge zu bringen ist. Diese Meinung ist auch gemäß l. un. C. 6. 41. von den meisten neueren Rechtslehrern angenommen. Geiger und Glück Rechtsfälle III. S. 50. Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 392. Seuffert Pand. Bd. III. §. 275. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 945., s. auch ein Erk. d. O. A. G. in München in Seufferts Archiv Bd. III. H. 2. S. 209.

Von Testamentszeugen.

S. 560. §. 5. Ein Harthöriger ist unter Voraussetzung der Nachweisung des Umstandes, daß von ihm die Willenserklärung des Testirers gehört und verstanden worden sey, als Testamentszeuge nicht zu verwerfen.

Wenn die Zeugen nicht ausdrücklich bescheinigt haben, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen, so muß dieser Umstand besonders bewiesen werden, s. Strippelmann l. c.

S. 565. Fr. 11. Da der bei Testamenten schriftunkundiger Personen zuzuziehende octavus subscriptor blos die Stelle des Testators in Hinsicht auf dessen Namensunterschrift zu übernehmen hat, so wird auch darin, daß er sein Siegel nicht beigedrückt hat, kein Nichtigkeitsgrund gefunden, denn der Testirer selbst ist ja auch nicht gehalten, sein Siegel beizudrücken, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seufferts Archiv Bd. IV. H. I. S. 113., vergl. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Th. I. S. 344. Thibaut im civilist. Archiv Bd. VI. S. 233.

Testamentum rure conditum.

S. 570. Fr. 3. Die l. 31. de testam. (6. 23.) belastet den Testamentserben nicht mit dem fast unmöglichen Beweis, es seyen schreibkundige Zeugen in hinreichender Anzahl am Orte des Testaments nicht aufzufinden gewesen; diese Unmöglichkeit kann vielmehr bei einem auf dem Lande gemachten Testamente bis zum Beweis des Gegentheils angenommen werden, s. Erk. d. Cassations- u. Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. Die von uns angenommene Meinung gründete sich dagegen in Hinsicht auf den dermaligen Stand des deutschen Schulwesens darauf, daß das, was das Berliner Erkenntniß mit l. 6. cit. als Regel annimmt, vielmehr nur als Ausnahme betrachtet werden könne, deren Beweis dem, welcher sie behauptet, obliegt.

S. 577. Fr. 2.

Testamentum reciprocum.

In einem dem Appellationsgerichte zu Leipzig 1851 vorgelegten

Digitized by Google

Falle, wo im testam. reciproco zweier Gatten dem Ueberlebenden auferlegt war: das beiderseitige Vermögen nach seinem Tode dem A und B, als beiderseitigen Erben zu hinterlassen, und nun, nachdem A vor dem überlebenden Gatten gestorben, der Letztere über A's Hälfte neue Verfügung getroffen hatte, C, des verstorbenen Gatten Intestat-Erbe aber, diese nicht anerkennen wollte, ward entschieden: Richtig ist zwar, daß nach der in Sachsen recipirten Meinung der in einem test. corresp. eingesetzte Erbe unbedingt verpflichtet wird, die darin ihm auferlegten Verbindlichkeiten zu erfüllen. Allein C ist nicht zu einem Widerspruche befugt; der nunmehr auch verstorbene Gatte wurde Testamentserbe seines Gatten; somit traten Rechte des Intestat-Erben des letzteren niemals ein; dieser hat dem B die Ausfechtung seiner etwaigen Ansprüche, die ohnehin, weil der überlebende Gatte durch Wegfall des ihn beschränkenden fideicommissarii A, der blos sub conditione, quae evanuit, berufen war, nach l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. D. 35. 1., l. 4. pr. D. 36. 2. in die vollen ihm an der universitas hereditatis beschiedenen Rechte wieder eintrat, unbegründet sind, jedenfalls zu überlassen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 57.

Testament, wechselseitiges; die Zeit der Eröffnung desselben betr., stimmt mit den hier vorgetragenen Grundsätzen durchaus auf das genaueste überein ein Erk. d. O. A. G. zu Cassel in Strippelmanns neuer Samml. Th. V. Abth. I. S. 189. S. 583. Fr. 6.

Ein Erkenntniß des O. A. G. Jena statuirte: unter den in einem testam. recipr. zweier Gatten gebrauchten Worten: „B soll mein gesammtes Vermögen als Geschenk nach meiner Frauen Tode erhalten," ist, falls die Frau vor dem Mann stirbt, eine Erbeinsetzung des B zu verstehen, l. 25. D. 34. 5. Mühlenbruch über den Städelschen Erbschaftsfall S. 30. Eine donat. mort. c. kann nicht angenommen werden, weil dazu nach der richtigern Meinung Acceptation gehört, Linde's Zeitschr. II. S. 145. Emminghaus Pand. S. 691. no. 5.

Testamentum parentum inter liberos.

Daß bei sonst vorhandener genugsamer Bezeichnung, die Aufführung sämmtlicher Kinder mit Namen nicht absolut die Gültigkeit der Disposition bedinge, ist auch durch neuere Präjudizien bestätigt, s. Erk. d. O. A. G. zu Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. I. S. 38. u. das O. A. G. in Celle in Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 936. Ed. II. Eben so durch die Sächsische Praxis, s. Emminghaus Pand. S. 684. no. 6. S. 595. Fr. 5.

Digitized by Google

Fr. 1. Uebereinstimmend hiermit hat das O. A. Ger. in Cassel, s. Strippelmanns Samml. Th. I. Abth. I. S. 25. angenommen, daß in den Worten der Nov. 107. *primum* quidem ejus subscriptione tempus declaret das *primum* nicht gerade den Anfang des Aufsatzes bedeute, vielmehr nur die erste der verschiedenen Voraussetzungen der in Rede stehenden letztwilligen Anordnungen andeute.

Fr. 16. Die Vorschrift der Notariatsordnung v. J. 1512, vermöge deren zu dem testam. parentum inter liberos die Anzahl der Zeugen auf zwei nachgelassen ist, kann blos von mündlichen Testamenten dieser Art zu verstehen seyn, weil bei dem römischrechtlichen schriftlichen testam. inter liberos gar keine Zeugen vorkommen, daher bei diesem an Zeugen nichts nachzulassen war, s. Erk. d. O. A. G. zu Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. I. S. 25.

Von Substitutionen.

S. 623. Fr. 12. Kann eine in einem Codicille errichtete Substitution als Fideicommiß aufrecht erhalten werden?

Thibaut im System d. P. R. §. 951. d. 9. Ausg. und v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 449. not. 1. beschränken die bejahende Antwort nach dem Vorgang von Cujac. Obs. XI. c. 25. auf die in zwei Gesetzstellen entschiedenen Fälle: a) daß die in einem Codicill geschehene Bestätigung einer ungültigen Erbeinsetzung, l. 2. §. 4. D. 29. 7., b) die in einem Codicill angeordnete Pupillarsubstitution ex benigna interpretatione in favorem pupilli als Fideicommiß aufrecht erhalten werde, l. 76. D. 36. 1. — Beide gesetzliche Entscheidungen scheinen indessen nur Anwendungen eines Princips zu seyn, welches Mühlenbruch in d. Fortsf. v. Glücks P. R. Bd. XL. S. 381. dahin aufstellt: „Codicillardispositionen haben stets die Wirkung eines Fideicommisses;" womit übereinstimmt Donell. Comm. Lib. VII. cap. 19. §. 27. Puchta Pand. §. 476. Sintenis prakt. gem. Civilr. Bd. III. S. 704. not. 1. Dafür scheint zu sprechen: §. 2. J. 2. 25., wo es nach Verwerfung der direkten Erbseinsetzungen in Codicillen weiter heißt: denn nur fideicommißweise kann durch Codicille eine Erbschaft hinterlassen werden; und l. 2. §. 4. D. 29. 7., wo sogar dem Codicill die Wirkung einer fideicommißweisen Erwerbung der im Testament auf ungültige Weise hinterlassenen, durch das Codicill aber bestätigten Erbschaft zugestanden wird, dergestalt, daß die in Folge jener Ungültigkeit eingetretenen gesetzlichen Erben dieselbe nach Abzug der falcidischen Quart herausgeben mußten.

Digitized by Google

Der Versuch von Kumpf in einer Inauguraldissertation, Ansbach 1831, welche die vorangestellte Frage zum Titel hat, dieselbe absolut zu verneinen, und somit auch der in l. 76. D. 36. 1. zu Gunsten einer Pupillar-Substitution ganz bestimmt gegebenen Entscheidung die Beweisfähigkeit abzusprechen, stützt sich auf eine gezwungene Auslegung dieser Gesetzstelle, welche noch keine Nachfolger gehabt zu haben scheint.

Quasipupillar-Substitution.

Daß bei der Quasipupillar-Substitution alle Seitenverwandte des Wahnsinnigen, welche von dem Testator abstammen, vor anderen Personen nach l. 9. C. 6. 26. zu beachten sind, wird gezeigt in Nehrhoff Archiv II. S. 201. S. 632.

Die in Praxi angenommene Meinung, daß dem Wahnsinnigen eben so wie dem Unmündigen von seinen Ascendenten das Testament gemacht werden könne, und zwar überhaupt, und nicht blos beschränkt auf dasjenige Vermögen, welches sie demselben selbst hinterlassen, wird neuerlich von Düffer in e. Inaugural-Dissertation de impuberum et aliis substitutionibus Hal. Sax. 1848. gegen die angeführten Dissentienten umfänglich vertheidigt, vorzüglich deswegen, weil bei beiden Substitutionen gleicher Grund und Zweck obwaltet, und die Gesetze selbst diese Quasipupillar-Substitution der Pupillar-Substitution ganz gleich stellen, l. 9. C. 6. 26., was sehr bestimmt aus pr. §. 1. J. 2. 16. zu entnehmen ist, auch der Zweck auf andere Weise nicht vollständig erreicht werden konnte. S. 634. Fr. 4

Derselbe Verfasser ist auch derjenigen Entscheidung, welche wir im Collisionsfall mehrerer Quasipupillar-Substitutionen für die angemessenste gehalten haben, dahin beigetreten, daß diejenige, welche von dem Inhaber der väterlichen Gewalt ausgegangen ist, allen anderen vorgehen müsse. Post hunc — fährt der Verf. fort — matris substitutio succedet et deinde ceterorum ascendentium, ut quisque gradu propior erit. Similiter enim Justinianus in legitima agnatorum tutela — rem ordinavit. l. c. pag. 47. Fr. 5.

Von der Exhibition und dem Beweis des Testaments.

Ueber den Beweis der Existenz eines testamenti judicialis sprach sich 1837 u. 1839 das O. A. G. Wiesbaden, wie nachsteht, aus: S. 636. §. 8.

Fragt es sich um ein test. in. scriptis oblatum, so kann ein gerichtlicher Vormerk: „praevia oblatione, praelectione et ratihabitione bestätigt" ordentlichen Beweis insonders dann nicht ersetzen, wenn zwei

Digitized by Google

Testatoren zugleich letztwillig verfügten, indem jener Vormerk eben nicht ergiebt, ob Beide erschienen.

S. 638. §. 8. Fr. 2. Die strengere Meinung, daß der Beweis eines abhanden gekommenen Privattestaments nur durch die bei der Errichtung in gesetzlicher Zahl zugezogenen Zeugen hergestellt werden könne, und bei deren theilweisem Mangel nicht andere Zeugen zugelassen werden können, behauptet Puchta Pand. §. 516. 2. Aufl. Arndts im Rechtslexikon Bd. V. S. 218.

Exhibition des Testaments durch einen Bevollmächtigten betr.

Nach deutscher Sitte und Gebrauch wird, indem die Uebergabe des Testaments an das Gericht an die Stelle der äußeren Förmlichkeiten tritt, die Erforderlichkeit der Zeugen durch gerichtliches Ansehen und Glauben ersetzt. Demnach muß ein Testament, das bei seiner außergerichtlichen Errichtung der Zeugen bedurft hätte, vom Testator, und nicht von einem Procurator dem Gericht übergeben werden, indem das Gericht statt der Zeugen den Testator sehen und hören und von seinem Zustand sich überzeugen muß. Sofern aber die Rede ist von denjenigen privilegirten Testamenten, bei welchen die Beobachtung der sonst vorgeschriebenen Feierlichkeiten von keiner Nothwendigkeit ist und welche insbesondere der Zuziehung von Zeugen oder gerichtlicher Hinterlegung zu ihrer Gültigkeit gar nicht bedürfen, so muß es für die richtigere Meinung gehalten werden, daß die Niederlegung bei Gericht durch einen Bevollmächtigten geschehen könne, s. Erk. d. O. A. G. in Zerbst 1830 in Emminghaus Pand. S. 163. no. 240., wo auch weiter gezeigt wird, daß der letzteren Behauptung Const. Sax. P. III. c. 3. nicht entgegenstehe.

Von Testamentsvollziehern.

S. 642. Fr. 4. Der Testamentsvollstrecker — entschied 1852 das O. A. G. in Dresden — empfängt durch den letzten Willen seine Stellung dergestalt, daß der Erbe daran gebunden ist. Auch Schuldnern des Erblassers steht kein Einwand hiergegen zu. Er kann also, falls ihn das Testament dazu ermächtigt (außerdem nicht, s. Seufferts Archiv III. S. 92.), Activen einklagen. Freilich erhält er aber damit nicht ein dominium litis. Eide, welche die Schuldner antragen, hat der Erbe zu leisten, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1852. S. 321.

Auslegung der letztwilligen Verordnungen.

(Vergl. auch S. 868.)

S. 645. §. 10. Ein Erblasser hatte seine Ehefrau zur Erbin eingesetzt, und nebst dem verfügt: „jedoch soll gedachte meine Ehefrau und eingesetzte Univer-

Digitized by Google

salerdin gehalten seyn, bei ihrem dereinstigen Ableben den gesammten Nachlaß meinen und ihren Geschwistern, oder, daferne eines oder das andere vor ihr versterben sollte, deren Kindern dergestalt zu hinterlassen, daß sowohl meine als ihre Geschwister diesen Nachlaß nach ihrem Ableben erben, haben und bekommen sollen."

Es entstand nun die Frage: ist der Nachlaß in zwei gleiche Hälften zwischen den ehemännlichen Verwandten einer- und den eheweiblichen Verwandten andererseits zu theilen, oder ist der Wille des Testators so zu verstehen, daß seine und seiner Ehefrau Geschwister zusammen nach Köpfen (resp. hinsichtlich der Geschwisterkinder nach Stämmen) sich in den Nachlaß zu theilen haben? Ersteres behaupteten die eheweiblichen Verwandten, welche weniger, letzteres die ehemännlichen Verwandten, welche mehrere Stämme ausmachten. In den beiden ersten Instanzen siegten die Verwandten der Frau, in den beiden letzten die Verwandten des Mannes. Für die erste Meinung schien der Wortinhalt des Testaments deswegen zu entscheiden, weil in der Fassung „meinen und ihren Geschwistern" die Bildung zweier Gesammtheiten liegt. In den römischen Gesetzen wird aber der Fall, wenn ein Testator mehrere Personen unter einer Collectivbezeichnung zusammengefaßt und auf diese Weise zusammen bedacht hat, so angesehen, als wären dieselben re et verbis conjuncti, und dadurch gleichsam eine einzige Person geworden, weshalb sie zusammen einen Theil erhalten. Diese Einheit der Person mehrerer so verbundener Individuen ist in l. 34. pr. de legat. I. 30. mit den Worten: conjuncti unius personae potestate funguntur deutlich ausgedrückt. Daß aber die mehreren zu einer Person vereinigten Individuen zusammen nur einen Theil erhalten sollen, ergiebt sich aus l. 13. pr. D. 28. 5., vgl. l. 11. C. 6. 26. Die entgegengesetzte Entscheidung stützte sich auf folgende Momente: der Testirer hat seine Geschwister und die Geschwister seiner Frau nicht namentlich aufgeführt, er hat jedoch eben so wenig eine Gegenüberstellung und Trennung beider von einander ausgesprochen, vielmehr in einer und derselben Proposition die beiden bezeichneten Gesammtheiten ohne besondere Bestimmung der Erbtheile, zu der Erbschaft nach dem Tode seiner Ehefrau berufen. — Nach den Vorschriften des R. R. ist es Regel, daß, wenn der Testirer die Erbtheile nicht bestimmt hat, die eingesetzten Erben alle zu gleichen Theilen (aequaliter, ex aequis partibus, partibus virilibus) succediren. Die oben angeführten Gesetzstellen machen nur eine Ausnahme in dem Fall, wenn die Kinder einer bestimmten Person zusammen in dieser Eigenschaft zu Erben eingesetzt werden, indem diese dann zusammen nur Eine

Digitized by Google

Portion erhalten. Die l. 11 cit. läßt schon in den Worten: Titius una cum filiis suis keinen Zweifel darüber übrig, daß nach der Ansicht des Testirers die Söhne des Titius keine besondere Erbportion bekommen, sondern sich mit in die ihres Vaters theilen sollen; l. 13. pr. cit. enthält zwar keine ähnliche nähere Bestimmung, dagegen ist hinsichtlich derselben zu bemerken, daß die Wortverbindung, mit welcher in dem daselbst gegebenen Beispiele die Erben zusammengestellt werden, nicht so innig ist, wie in dem vorliegenden Testamente, dort ist nämlich verb. Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto mit dem einen Worte Primus das eine honorirte Subject vollständig bezeichnet, ehe die Rede zu den übrigen Erben übergeht. Hier aber ist das Subject nur Einmal mit dem gemeinschaftlichen Namen: Geschwister bezeichnet, und blos durch die hinzugefügten Fürwörter: meine und ihre, ausgedrückt, daß die Geschwister von beiden Ehegatten mit einander participiren sollen. Der Gebrauch einer Collectivbenennung entscheidet übrigens an sich noch nicht immer dafür, daß die darunter begriffenen Individuen nur Eine Portion erhalten sollen, s. l. 88. §. 6. de legat. II., wo der Testirer seinen Freigelassenen einerseits und der Seja andererseits zusammen ein Grundstück vermacht hatte, und gleichwohl das Eigenthum an dem Legate nicht nach zwei Hälften, sondern so vertheilt werden soll, daß alle gleiche Theile bekommen sollen. Respondi, perspicuam esse testantis voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis. — Aus diesen und andere adminiculirende Umstände des Falles betreffenden Erwägungen wurde erkannt: daß der Nachlaß zwischen des Testirers Geschwistern und beziehentlich deren Kindern und zwischen den Geschwistern der verstorbenen Ehefrau desselben nach Köpfen und resp. nach Stämmen zu vertheilen sey, es könnten und wollten denn Beklagte (die Verwandten der Wittwe) erweisen, daß die Absicht des Testirers dahin gegangen, daß nach dem Tode seiner Ehefrau die eine Hälfte seines Vermögens seinen Geschwistern und deren Nachkommen, die andere Hälfte den Geschwistern seiner Ehefrau und deren Nachkommen zufallen sollen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Fälle 1848. Nr. 40. S. 315.

S. 645. §. 10. Eine Interpretationsregel der Testamente enthält l. 5. §. 2. l. 71. §. 6. D. de legat. I. (30.) l. 30. §. 4. D. de legat. III. (32.) l. 24. D. 33. 7 dahin, daß, wenn der Testirer etwas den Worten nach ganz legirt hat, was ihm doch nur theilweise gehörte, vermuthet werden müsse, seine Absicht sey nicht weiter als auf so viel gegangen, als ihm an der Sache wirklich zustand.

Digitized by Google

Könnte aber die Absicht, wirklich die ganze Sache zu vermachen, erwiesen werden, so müßte man allerdings sagen: praesumtio cedit veritati, s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. V. Abth. I. S. 45.

Die in einem Testament gemachte Substitution „oder dessen Erben" läßt zweierlei Auslegung zu, indem das Wort „Erben" sowohl im täglichen Leben als auch nach dem juristischen Sprachgebrauche entweder nur Leibeserben, oder Erben überhaupt, mithin auch Erben in der Seitenlinie begreift, s. Glück P. K. Th. I. S. 568., vgl. die Wörterbücher von Adelung, Campe u. Heinsius sub voce Erbe. Wie es der Testirer gemeint habe, ist nicht zum Gegegenstand einer Beweisauflage zu machen, sondern theils nach den allgemeinen Interpretationsregeln, theils nach den concreten Wahrscheinlichkeitsgründen zu entscheiden, l. 24. D. 34. 5., s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in Seufferts Archiv Bd. IV. H. I. S. 119. S. 645. §. 10.

Die Streitfrage, ob in einer testamentarischen Anordnung der Ausdruck „Kinder" auch die Kindeskinder in sich begreife, wurde in einem Fall, wo zwei gemeinschaftlich testirende Ehegatten ihre beiderseitigen Vaters-Brüder- und Schwester-Kinder zu ihrem Nachlaß berufen hatten, zum Nachtheil der Kindeskinder entschieden, s. Erkenntn. d. O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. IV. H. 2. S. 212. Hiezu wurde der Gerichtshof vorzüglich durch die Betrachtung bewogen, daß in dergleichen Dispositionen im Zweifel die Worte in der gewöhnlichen Bedeutung genommen werden müßten. Schon die Abstammung des Worts, welches von „Kinnen" oder „Kennen" herkommt, bringt die engere und gewöhnliche Bedeutung mit sich. Der Ausdruck Kinder ist nach Adelungs Wörterbuch sub voce Kinder, wenn darunter die gesammte Descendenz einer Person begriffen werden will, z. B. „die Kinder Israels" eine veraltete Bedeutung. Auch in der juristischen Kunstsprache z. B. bei Privilegien, insbesondere in den eigentlichen Verwandtschaftsverhältnissen, wo man auf den Grad sieht, verbindet man mit dem Worte „Kinder" keine weitere Bedeutung als von Söhnen und Töchtern. Die Analogie des lateinischen Worts „liberi" kann nichts entscheiden, indem die Römer dasselbe nur deshalb, weil das die Sprache so mit sich brachte, in der weiteren Bedeutung nahmen. Es bezeichnete seiner Ableitung nach die Freien im Gegensatz der servi, die unter der potestas des paterfamilias standen, und mußte schon deshalb generell alle Descendenten umfassen, vgl. l. 220. pr. D. 50. 16. — l. 6. D. 26. 2. S. 653. und S. 905. Fr. 9.

Digitized by Google

Von Ungültigkeit des Testaments.

S. 657. Fr. 3. Offenbar eingeschlichene Schreibfehler in Testamenten kann der Richter nach l. 7. C. 6. 23. auf den Grund einer vorhergegangenen genaueren Prüfung aus erheblichen Gründen rectificiren, s. Erk. des Cassations- und Revisionshofs zu Berlin, in Volkmars Jurispr. S. 236.

Recht des Pflichttheils.

S. 686. Fr. 4. Dem Pflichttheilsberechtigten muß die Befugniß eingeräumt werden, eine Vorlage des gesammten Bestandes des Nachlasses durch Inventarisirung von dem besitzenden Erben zu verlangen, um beurtheilen zu können, ob eine Verletzung im Pflichttheile statt gefunden habe, oder nicht. Diese Befugniß kann ohne gleichzeitige Anstellung der actio suppletoria separat geltend gemacht werden, sofern nur in der erhobenen Klage ausdrücklich auf die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigter Bezug genommen wird, s. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 41.

Ob der in re certa vel quantitate eingesetzte, dabei aber am Pflichttheil sich verletzt haltende und deshalb act. suppletoriam anstellende Notherbe Behufs der Ausmittelung des den Pflichttheil bildenden Quanti auf Versteigerung der Nachlaßgegenstände antragen könne, ist bestritten. Für die bejahende Meinung werden angeführt: Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 15. not. 9. Wernher sel. Obs. for. T. I. P. I. Obs. 185. Gmelin u. Elsässer juristische Beob. u. Rechtsfälle Bd. IV. Nr. XVI. S. 229., welche sich darauf gründen, daß der Pflichttheil auf die ganze Substanz der sämmtlichen väterlichen Güter wirke, und in einem Antheil an den sämmtlichen Erbschaftsstücken nach dem Pflichttheilsverhältniß bestehe. Dieser auch von Glück s. P. R. Bd. VII. S. 117. vertheidigten Meinung tritt Mühlenbruch im Bd. XXXV. S. 328. entgegen, weil dadurch indirect dem Willen des Testators entgegengehandelt würde, während die Nov. 115. c. 5. doch sagt: hoc casu testamentum nullatenus solvi praecipimus, und weder in gedachter Nov. noch sonst irgendwo die Voraussetzung sich gerechtfertigt finde, daß der Pflichttheil nicht bloß der Größe und dem Werthe, sondern auch den Objecten nach schlechterdings als Quote der gesammten Erbschaft betrachtet werden müsse, was um so weniger anzunehmen sey, als der Pflichttheil gar nicht titulo heredis institutionis hinterlassen zu werden braucht. Hiermit stimmen überein: v. Langenn u. Kori Erört. Th. I. Nr. IV. u. die S. 33. not. 3. angeführten älteren Rechtslehrer, ferner v. Hartitzsch Entscheid. Nr. 312. Franke Noth-

Digitized by Google

erheurecht S. 93. Emminghaus Pand. S. 685. no. 7. u. 9. und die allda angeführten Entscheidungen des Schöppenstuhls in Leipzig v. J. 1828. u. d. O. A. G. in Dresden v. J. 1834 u. 1844. Wochenbl. f. Rechtsf. 1844. S. 45. Daß außer dem Pflichttheil, Descendenten, welche mit einem Fideicommisse beschwert sind, auch noch die Quarta Trebell. gebühre, kann nur bei bedingten oder von Zeitbestimmungen abhängigen Fideicommissen angenommen werden. Von den c. 16. 18. X. III. 26. sagt Cujac. Obs. VIII. 3. mit Recht: ex falso juris intellectu processerunt, neque ad consequentias trahenda sunt, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 853.

Enterbung.

In Ansehung der Frage: ob die durch eine Injurie gesetzlich begründete Enterbungsursache durch eine erfolgte Versöhnung und Verzeihung sich aufgehoben habe? ist das Allegat aus Thibaut dahin zu berichtigen: „hat der Erblasser dem Notherben vor oder nach dem Testament sein Vergehen förmlich verziehen, so findet nun deshalb keine weitere Ausschließung statt.“ S. 687. Fr. 6.

Daß übrigens dieser Meinung nicht beigestimmt werden könne, haben wir bereits bemerkt. Daß eine nach errichtetem Testament erklärte Verzeihung nichts gegen die Wirksamkeit eines feierlichen Testaments vermöge, leuchtet von selbst ein. Bei einer vor Errichtung des Testaments statt gefundenen Verzeihung haben wir es als quaestio facti ansehen zu müssen geglaubt, ob der Verzeihende neben der Wiederkehr eines freundlichen Verhältnisses auch ein Aufgeben der bezüglich seines Vermögens erlangten Rechte beabsichtet habe.

Unserer Ansicht scheint ein Erkenntniß des O. A. G. in Celle sich anzunähern, welches sagt: die Verzeihung einer Injurie, welche zur Enterbung berechtigen würde, kommt nur dann in Betracht, wenn sie vor Errichtung des Testaments eingetreten ist; die Verzeihung muß eine vollständige seyn; der Zusage, eine Enterbung wegen der erlittenen Injurie nicht vornehmen zu wollen, bedarf es indessen nicht, s. Seufferts Archiv Bd. V. S. 41.

Inofficiositäts-Querel.

Der hier aufgestellte Grundsatz, daß die von den Geschwistern aus dem Grund, weil die im Testament eingesetzte uneheliche Tochter des Erblassers vermöge dieser Eigenschaft eine persona turpis sey, angestellte Inofficiositätsklage unzulässig sey, ist durch ein Erk. des O. A. G. in München bestätigt, s. Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert und Glück S. 697. Fr. 8.

Digitized by Google

Bd. XVII. S. 32. Bd. XII. Ergänzungen Nr. 2. Uebereinstimmend ist ein Erk. des O. A. G. in Cassel, s. Strippelmann II. S. 86.

S. 705. Fr. 4. Für den gegen Gail. Obs. pr. Lib. II. c. 13. no. 6. Francke Notherbenrecht S. 389. Bluntschly Erbfolge gegen den letzten Willen S. 263. und gegen Glücks Meinung Bd. VII. S. 481. des Pand. Comm. von Mühlenbruch in der Forts. Bd. 37. S. 284. ausgeführten Grundsatz: daß der Notherbe, welcher das Testament angefochten hat, demungeachtet die ihm darin ausgesetzten Vermächtnisse fordern könne, ist weiter anzuführen: Elvers Themis neue Folge Bd. I. S. 248 ꝛc. Burchardi System u. innere Geschichte d. röm. Privatr. §. 372. not. 58. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. VIII. S. 153. no. 34. Buchholz Lehre v. d. Prälegaten S. 570., welcher auch Cujac. als ganz allgemein für das Fortbestehen der Legate trotz des Rescindirens der Erbportionen entscheidend anführt.

Die Inofficiosităts-Querel transmittiren Descendenten, ohne daß von ihnen irgend eine Vorbereitung oder Erklärung erfolgt ist, auf ihre Descendenten, l. 34. C. 3. 28. Glück P. K. Bd. 35. §. 1421. e. Bd. 43. S. 225. (zu Bd. II. Abth. I. S. 681. Fr. 7. beizusetzen.)

S. 714. u. 715. Fr. 2. u. 6. Wenn eine pflichtwidrige Schenkung in ein oneroses Geschäft z. B. in Gestalt eines Verkaufs verwebt worden ist, so entsteht die Frage: ob es zur Anstellung der Inofficiositătsklage genüge, die durch das Geschäft bewirkte Verletzung am Pflichttheil zu beweisen, oder außerdem auch der Beweis des absichtlich so wohlfeilen Verkaufs erfordert werde? Die zur Fr. 6. vertheidigte Ansicht, daß es des zweiten Beweises nicht bedürfe, wird durch ein Erk. d. O. A. G. in Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850. S. 478. bestätiget.

S. 715. Fr. 5. Nach einer Entscheidung des O. A. G. in Dresden 1852 läuft das quinquennium, innerhalb dessen die quer. inoff. donat. zu erheben ist, von der Zeit, wo der Kläger im Stande war, bei sorgfältiger Nachforschung über die einschlagenden Werths-Verhältnisse, seine Verletzung im Pflichttheile zu überrechnen, mithin keinesfalls erst von dem Moment, wo ihm wirklich dieser Unterricht wurde, l. 6. 9. §. 2. D. 22. 6. l. 15. §. 1. D. 18. 1. Außerdem kann indeß, falls der Kläger minderjährig war, das quadriennium restitut. zwar ihm zu Statten kommen; allein nach der neuern Sächs. Praxis, so ferne er bevormundet gewesen, blos vom Ablauf des quinquenii, nicht von dem Ende der Minderjährigkeit ab. — L. 5. C. 2. 41. ist vermöge der heutigen Einrichtung des Vormundschaftswesens nicht anwendbar, weder bei längeren, noch bei kürzeren Verjährungsfristen, s. Ackermann R. S. 77. H. II. S. 369.

Digitized by Google

Zwar kann dem, welcher eine quer. inoff. donat. erhebt, nicht noch besonders ein Beweis, daß der Erblasser die Absicht hatte, mittelst der Schenkung den Pflichttheil zu verletzen, aufgebürdet werden, s. Francke Notherbenr. S. 305. v. Vangerow Pand. §. 482. Allein, daß wirklich Schenkung vorliegt, muß er darthun. Geht die Querel von einem in dem Testament ausgedrückten Anerkenntniß einer Forderung aus, so muß Kläger, da er als Erbe alle Handlungen des Erblassers wider sich gelten lassen muß, nothwendig darthun, daß in jenem Anerkenntniß in der That eine Verminderung des Vermögens des Erblassers aus Liberalität liege, s. Wochenbl. f. Rfälle 1850. S. 305. In einem ähnlichen Falle erkannte dasselbe Tribunal: „im Gebiete der qu. inoff. test. vel donat. bildet ein von dem Erblasser in einem letzten Willen abgelegtes Geständniß, daß er ein gewisses Passivum, z. B. Illaten der Frau schulde, wenn schon es vielleicht nach Umständen bei dem sonstigen Beweise desselben adminiculiren und einen Legal-Eid motiviren kann, doch an sich keinen Beweisgrund gegen den Pflichttheilberechtigten, Nov. 18. pr. Nov. 118. c. 3. pr. Nov. 1. pr. §. 2. s. Wochenbl. f. Rfälle 1846. S. 387. S. 715. Fr. 6.

Transmissionsrecht.

Mehrere Rechtsgelehrte behaupten: auf den Vertragserben gehe das Erbrecht ipso jure über, folglich auch auf seine Erben, ungeachtet die Voraussetzungen einer außerordentlichen Transmission nicht vorhanden sind, s. Hartitzsch Erbr. §. 219. a. E. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 403. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 344. A. M. ist Fein in Glücks Comm. Bd. 43. S. 210. Beseler v. d. Erbverträgen II. 1. S. 270. Mehreres über das Transmissionsrecht, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. Nr. III. Steppes die Transmission d. Erbsch. nach röm. Rechte v. Buchholz jur. Abh. Nr. II. M. S. Mayer die universelle Nachfolge von Todeswegen. v. Vangerow im civil. Archiv Bd. 24. Nr. V.

Transmissio Theodosiana.

Der richtigeren von v. Vangerow im civil. Archiv Bd. XXV. S. 443. am vollständigsten ausgeführten Ansicht, daß von der *transmissio Theodosiana* nur dann die Rede seyn kann, wenn der eingesetzte Erbe nach dem Tode des Erblassers verstorben ist, folgt ein Erkenntniß des O. A. G. in Darmstadt in Seufferts Archiv Bd. II. H. 3. S. 391. Eine Reihe damit übereinstimmender Erkenntnisse des O. A. G. zu Cassel enthält Strippelmanns Samml. Th. VI. S. 588. S. 722. Fr. 2. a.

Digitized by Google

Uebereinstimmend ist Fein in Glücks Comm. Bd. 43. S. 206., aber entgegen der von v. Löhr im civil. Arch. Bd. II. S. 186. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 547. S. 412. Puchta Lehrb. §. 503. d. 2ten Aufl. u. A. vertheidigten Meinung, daß das Transmissionsrecht nicht blos auf den Fall zu beschränken sey, wenn der Berufene vor Eröffnung des Testaments gestorben, sondern auch dann statt finde, wenn er später mit Tod abgegangen ist, — denn da fällt der eigentliche Grund weg, und spricht auch die Rubrik des Titels: de his, qui *ante apertas tabulas* hereditatem transmittunt dagegen. — Eben so ist er der Meinung Anderer, s. die Allegate in Glücks Intestaterbfolge S. 96. d. 2ten Aufl. und Puchta Lehrb. l. c., daß nach der Gestalt, welche das Theodosische Transmissionsrecht im Justinianischen Recht angenommen habe, dasselbe nicht blos auf testamentarisches Erbrecht einzuschränken, sondern auch auf die Erben eines zur Intestaterbfolge Berufenen anwendbar sey.

Anwachsungsrecht unter Miterben.

S. 730. lit. d. Daß auch den re tantum conjunctis ein vorzugsweises Anwachsungsrecht zustehe, ist neuerlich umfänglich ausgeführt von Fein in d. Forts. von Glücks P. R. Bd. 43. S. 303.

Jus abstinendi des *heres suus*.

S. 731. Hinsichtlich der Folgen, welche aus dem Gebrauch des *jus abstinendi* von Seite des durch Testament berufenen suus für die übrigen testamentarischen Bestimmungen sich ergeben, und h. z. T. noch praktisch sind, ist zu bemerken: da das Testament darum doch nicht destituirt wird, weil nomen heredis doch im suus permanent ist, so bleiben alle übrigen testamentlichen Verfügungen in rechtlichem Bestand, insbesondere

1) die Pupillarsubstitution, wobei die Abstention des suus auch dem Pupillar-Substituten nach der herrschenden Meinung zu Gute kommen soll, s. Witte in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 804;

2) die Ernennung des testamentarischen Tutors, l. 67. §. 6. D. 28. 2. — l. 3. §. 17. D. 26. 10.;

3) hat der Testator dem suus vulgariter substituirt, so gilt der Substitut für den Fall als berufen, daß der suus abstiniren würde. Stirbt dann der abstinirende suus in unmündigem Alter, so wird der Substitut, dem die väterliche Erbschaft schon durch Vulgarsubstitution zugefallen war, nun nach der constitutio Divi Marci auch als Pupillarsubstitut zu der Erbschaft des Pupillen berufen, l. 4. D. 28. 6.

Digitized by Google

(s. jedoch Bd. II. Abth. I. S. 617. Fr. 2a.) Der ausdrücklich nur in casum pupillarem Berufene kann in Folge gedachter const. D. Marci, wenn der suus abstinirt, dessen Erbtheil als Vulgarsubstitut in Anspruch nehmen, s. Vinnius sel. quaest. II. 24., macht er aber von diesem Recht keinen Gebrauch, so kann er darum, wenn demnächst der Fall der Pupillarsubstitution eintritt, von dieser nicht ausgeschlossen werden, s. Witte l. c.

4) Hatte der suus Miterben, so fällt, wenn er abstinirt, sein Erbtheil zwar nicht durch Accrescenzrecht — weil ja der suus immer noch als Erbe gilt — jedoch ipso jure den Miterben mit allen Lasten zu. Hatten indeß die Miterben ihre Erbtheile zur Zeit der Abstention schon unwiderruflich erworben, so haben sie die Wahl, ob sie den Theil des Abstinirenden cum suo onere annehmen, oder zugleich diesen ausschlagen und ihre Portion aufgeben wollen, l. 38. l. 55. l. 56. l. 61. D. 29. 2.

5) Bestritten ist die auf l. 6. C. 6. 58. gestützte Behauptung, daß, wenn der suus abstinire, der Bruder des Erblassers succediren könne, und eben so, daß die entfernteren Erben nach der Reihenfolge des successorium edictum zur bonorum possessio zuzulassen seyen, was die gewöhnlichere Meinung zu seyn scheint, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 875. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. §. 265., wogegen Witte l. c. behauptet, daß die also erledigten Erbschaftsgüter nach l. 2. D. 38. 9. dem Fiscus zufallen. Gewöhnlich wird es zur venditio bonorum kommen, §. 2. J. 2. 19. — l. 79. D. 36. 1. und ergiebt sich da ein Ueberschuß nach Befriedigung der Gläubiger, so fragt sich noch, ob diesen die Gläubiger lucriren, oder ob derselbe dem suus restituirt werden solle? Letzteres kann zu Gunsten des suus impubes unzweifelhaft behauptet werden, l. 79. D. 36. 1. l. 6. pr. D. 42. 5., es läßt sich aber, wie Witte l. c. S. 869. bemerkt, kein Grund absehen, warum dem adultus nicht gleiches gelten solle. Dagegen behauptet jedoch Faber error. pragmat. XXXI. 10., der Ueberschuß falle desfalls dem Creditoren zu.

6) Der Entrichtung der Legate kann sich der durch Testament berufene suus durch seine Abstinenz nicht entschlagen, wenn er nach der Abstention ab intestato succediren will, vielmehr kann er dann gar nicht zur Intestatsuccession gelangen, und wenn er es auch könnte, so würde er dem Edict si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possideat unterliegen.

S. 735.

Restitution gegen eine nachtheilig gewordene Erbschaftsantretung Fr. 8.

Digitized by Google

kann nur Minderjährigen angedeihen,*) l. 57. §. 1. D. 29. 2. Irrig ist es daher, wenn Burchardi in der Wiedereinf. in d. vor. Stand S. 86. no. 2. unter den Fällen, in welchen wegen beträchtlicher Läsionen restituirt werden dürfe, auch den nennt: „wenn ein Volljähriger gegen die Antretung einer Erbschaft restituirt zu werden begehrt, was zwar früher nicht anging, aber von Hadrian gestattet worden ist, sofern sehr bedeutende Erbschaftsschulden entdeckt werden." Dagegen bemerkt Fein im 43. Th. d. von ihm fortgesetzten Glückschen Commentars S. 118. ꝛc.: nur einem Soldaten hat Hadrian kraft Kaiserlicher Gnade das benef. rest. in diesem Fall angedeihen lassen, was Gordian später für die Soldaten überhaupt in Gültigkeit setzte, s. Gaj. tust. II. §. 163. i. f. — §. 5. i. f. J. de hered. qual. et diff. Ueberdem ist die Gordianische Constitution durch die Verordnungen Justinians aufgehoben, l. ult. §. 15. C. de jure delib. und den Soldaten dadurch fürgesorgt, daß sie, auch wenn sie kein Inventar errichteten, nur soweit die Erbschaft reicht, der erbschaftlichen Schulden halber in Anspruch genommen werden sollen.

Erbschafts-Erwerbung eines Verschollenen.

S. 736. Fr. 5. 6. a) Die deutschrechtliche Vormundschaft über Abwesende, verschieden von der römischen cura absentis, vielmehr schon nach den Zeugnissen eines Carpzovs und Brunnemanns durch deutsche Sitte und Gewohnheit gebildet, charakterisirt sich, indem sie den nächsten Verwandten und präsumtiven Erben eines Verschollenen übertragen wird, als eine bei der Ungewißheit des Lebens oder Todes des Verschollenen für beide Fälle gleich vorsorgliche Maasregel.

Ihrem Zweck zufolge kann sie zunächst nur auf conservative Handlungen des übrigens, wie jeder andere Curator, zur Inventurserrichtung und nicht — blos wie Leyser. Sp. 97. Med. 4. annimmt, zu juratorischer, sondern pfand- oder bürgschaftlicher Caution verpflichteten Curators beschränkt seyn. **)

b) Veräußerungsbefugniß legt ihm zwar Kraut l. c. S. 250. schlechthin, auch ohne obrigkeitliches Decret bei, indem er ihn ganz als Erben behandelt wissen will, allein Kraut selbst gibt ihm ja nur eine

*) Deren diesfallsige Wirkungen erörtert umfänglich Fein l. c. S. 123.

**) Wenn der Präsumtiverbe nicht im Stande wäre, mit gehöriger Caution aufzukommen, so wäre ein gewöhnlicher curator absentis aufzustellen, und zu verpflichten, jenem die erhobenen Früchte zu verabfolgen, s. Kraut l. c. S. 249.

Digitized by Google

successio conditionata, daher nach dem vorangestellten Princip, mit Pfeiffer in den rechtlichen Ausführungen Bd. IV. S. 356. ihm so wenig als einem anderen curator bonorum eine Alienationsbefugniß zuzuschreiben seyn dürfte, wenn nicht anders eine rechtliche Verpflichtung des Abwesenden zur Ueberlassung der Sache, oder zur Veräußerung überhaupt, vorhanden war, und zwar selbst in solchen Fällen nicht, wo sie einem curator furiosi oder prodigi verstattet war.

c) Ueber das Verhältniß des Vormunds zu einer, dem Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung angefallenen Erbschaft sind die Meinungen getheilt. Zuvörderst stößt man auf die Frage: ist der noch nicht für todt Erklärte als lebend zu präsumiren? Denn wäre er nicht als lebend gedacht, so könnte man ihm ja nicht die Fähigkeit beilegen, einen Andern zu beerben. Die Präsumtion seines Lebens ist nach den Grundsätzen des römischen Rechts, welche auch in dieser Materie, wie Kraut l. c. S. 230. ausgeführt hat, gemeinrechtliches Ansehen erlangt haben, früher nicht bezweifelt, und erst von einigen Neueren angefochten worden, welche behaupten, es könne weder das Leben noch der Tod eines Menschen präsumirt werden, s. Heise und Cropp juriſt. Abh. Bd. II. Nr. IV., welchen auch das O. A. G. in Wiesbaden gefolgt ist, s. Flach Entscheid. I. S. 146. und Pfeiffer prakt. Ausführung Bd. IV. S. 360., welcher für seine Meinung zwar auch Mackeldey Lehrb. d. h. r. R. §. 141., aber mit Unrecht citirt, denn dieser Schriftsteller sagt: daß ein Mensch gelebt habe, muß bewiesen werden, ist dies aber bewiesen, so wird er auch für lebend gehalten, bis sein Tod bewiesen ist.

Die Argumentation jener Schriftsteller hat zwar allerdings viel Schein, es klingt nämlich unnatürlich, zu präsumiren, daß der Verschollene gerade an dem Tag des zurückgelegten 70. Lebensjahrs gestorben sey, dies müßte man aber unterstellen, um ihn bis dahin fortwährend als lebend und somit als fähig, eine Erbschaft zu erwerben, anzunehmen, denn wenn nichts weiter präsumirt werden kann, als die Negative, daß der Verschollene 70 Jahre nicht überlebt habe, so ist nichts positives darüber entschieden, wenn der Tod erfolgt sey, entweder erst da, oder schon früher.

Wer seinen Anspruch darauf stützt, daß der Verschollene den Erblasser überlebt habe, fände daher blos in der Präsumtion, daß der Verschollene nach 70 Jahren nicht mehr unter den Lebenden gewesen, keine Stütze, wenn man nicht dieser Präsumtion zugleich die Ausdehnung gibt, daß er bis dahin gelebt habe.

Digitized by Google

Dieser Sinn, nämlich daß der Mensch, wenn er einmal erweislich gelebt hat, als lebend gelten müsse, so lange nicht für seinen Tod eine gesetzliche Vermuthung, oder ein faktischer Beweis gegeben ist, liegt aber, wie Kraut l. c. II. S. 258. ausführt, dem Gerichtsgebrauch, indem er eine successio ex nunc statuirt, allerdings zu Grunde. Damit stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein, s. außer dem bereits in Bd. II. Abth. I. S. 788. angeführten auch Mittermaier im deutschen Privatr. Th. I. S. 392. §. 147. (135.) Leyser Spec. 95. Med. 9. und 24. Kind de successione in bona absentium §. 3. und die deutschen Gesetzgebungen, s. Kraut l. c. S. 258. not. 11. 12. u. 13. sind diesem Gerichtsbrauch, welcher einen entschieden praktischen Werth hat, gefolgt. Auch das Obertribunal in Berlin hat ihn auf gemeinrechtlichem Boden für begründet erachtet, s. dessen Entscheidungen. Neue Folge Bd. VII. S. 92.

Daraus folgt, daß, so lange der Zeitpunkt des fingirten Todes noch nicht eingetreten ist, alle Erbschaften und Vermächtnisse dem Verschollenen als angefallen betrachtet werden müssen. Nun entsteht aber eine andere Frage in Ansehung des rechtlichen Unterschieds, ob eine Erbschaft nicht blos angefallen, sondern auch wirklich erworben ist.

Jeder Zweifel fällt zwar in den Fällen weg, wo selbst nach römischem Recht die Erbschaft von demjenigen, dem sie zufällt, schon ipso jure erworben wird, desgleichen, wo in dem Particularrechte noch jetzt der ältere deutsche Grundsatz über den, mit dem Anfall schon verbundenen Erwerb der Erbschaft gilt, wovon Mittermaier im deutschen Privatr. §. 466. (414.) mehrere Beispiele anführt, oder doch in Beziehung auf die einem Abwesenden zugefallene Erbschaft beobachtet wird, s. v. Kampz Mecklenburg. Civilr. Th. 2. S. 716. Nr. XII. In dem Fall aber, wo zum Erwerb der Erbschaft nicht schon der Anfall genügt, sondern eine besondere Antretung erforderlich ist, legt die römische Vorschrift per procuratorem hereditatem acquiri non posse, nach der gewöhnlichen Meinung, s. Pfeiffer l. c. Bd. IV. S. 375. Mittermaier l. c. §. 147. Erkenntniß d. O. A. G. in Darmstadt in der Samml. der Präjudicien des Gr. Hessischen O. A. G. Nr. 153. Erk. d. O. A. G. in Celle, s. Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 39. ein Hinderniß in den Weg, welches auch im Weg der bonorum possessio nicht beseitigt werden könnte, s. Glück Pand. Comm. Bd. XXXIII. S. 292. Aber auch diese Schwierigkeit wird durch die Betrachtung gehoben, daß man gegen den in den juristt. Abhandl. von Heise und Cropp Bd. II. Nr. V. §. 14. erhobenen Widerspruch, nach der Ausführung von Kraut l. c. II. S. 262. not. 22. und 23., übereinstim-

Digitized by Google

mend mit der schon angeführten Entscheidung des Obertribunals in Berlin behaupten darf, „daß der deutschrechtliche Vormund für einen Abwesenden sowohl nach den darüber sich aussprechenden Gesetzgebungen als nach der Praxis, welche bei einem lediglich durch sie ausgebildeten Institut entscheidend seyn dürfte, in seiner Amtsführung nicht so beschränkt ist, wie der römische curator absentis, sondern im Allgemeinen der des Vormunds für einen Minderjährigen gleich zu stellen ist," welcher h. z. T. ohne Zweifel für seinen Mündel Erbschaften ohne dessen Zuziehung antreten kann.

d) Das Verfahren wegen der nach vorgängiger Edictalladung zu erlassenden Todeserklärung wird nur dann ein processualisches, wenn gegen diejenigen, welche darauf angetragen haben, Andere auftreten, welche der, für Tod bestehenden Vermuthung gegenüber Beweise darbieten, daß der Verschollene noch nach dem Zeitpunkt, an welchem sich die Vermuthung seines Todes knüpft, gelebt habe, oder daß er bereits vor demselben gestorben sey.

e) Da diese Curatel dem nächsten Präsumtiv-Erben des Verschollenen zusteht, und zwar auch dann, wenn er selbst unter Vormundschaft steht, und eine sonstige Vormundschaft zu führen nicht fähig ist, so folgt daraus nicht nur, daß Mehrere, welche ein gleich nahes Erbrecht haben, auch in gleicher Berechtigung zu dieser Curatel stehen, sondern auch, daß die Meinung Einiger, daß wenn einmal dem nächsten Erben diese Curatel übertragen ist, Andere nicht weiter zugelassen werden dürften, wenn sie auch in gleichem Verwandtschaftsgrad stünden, verworfen werden muß, s. Glück P. R. Bd. XXXIII. S. 271. Kraut l. c. II. S. 242., wie denn auch ein schon bestellter Dativ-Curator, selbst wenn er ein Verwandter wäre, dem nächsten Präsumtiv-Erben weichen muß, s. Glück l. c.

f) Wenn der Curator während der Dauer der Vormundschaft stirbt, so kann er sie nicht auf seine Erben transmittiren, wie Mehrere glauben, s. die Allegate bei Kraut l. c., sondern sie muß auf diejenigen übergehen, welche zur Zeit des Todes des Verschollenen seine nächsten Erben sind, s. Kraut l. c. Glück l. c. S. 273.

g) Diese Curatel endigt sich, wenn der Verschollene sein 70. Lebensjahr vollendet hat, oder falls er schon bei seiner Entfernung 70 Jahre alt war, nach den bereits im Bd. I. S. 240. Fr. 9. angegebenen Wahrscheinlichkeitsregeln, und, wenn sein Lebensalter ganz unbekannt ist, so bleibt nichts übrig, als dem Richter zu gestatten, aus den sonstigen thatsächlichen Verhältnissen eine Vermuthung für den

Digitized by Google

Tod zu entnehmen, s. Kraut l. c. II. S. 233. Glück P. R. Bd. VII. S. 495. Pfeiffer l. c. Bd. IV. S. 366.

Außerdem ist es sehr natürlich, das Ende dieser Curatel mit dem Aufhören ihres Grundes anzunehmen, also dann, wenn entweder das Leben, oder der Tod des Abwesenden bewiesen wird, was immer demjenigen obliegt, welcher auf das Eine oder das Andere Ansprüche gründet, doch muß man im ersten Fall die Curatel noch interimistisch fortbestehen lassen, bis der, vielleicht in einem anderen Welttheil Befindliche im Stande seyn wird, die Obhut seines Vermögens selbst zu übernehmen.

h) Durch die richterliche Todeserklärung wird zwar der bisherige Präsumtiverbe nun erst wirklicher Erbe, da diese aber nur die Natur eines declaratorischen Erkenntnisses hat, dessen Wirkungen nothwendig auf den Zeitpunkt zurückgehen müssen, für welchen die Declaration gegeben ist, s. Heise und Cropp l. c. S. 139., so rechtfertigt sich die gegen abweichende Gesetzgebungen und Meinungen der Rechtsgelehrten von uns im Bd. I. S. 241. geltend gemachte Ansicht, daß nicht erst die Erlassung des Todeserklärungs-Erkenntnisses, wie häufig angenommen wird, z. B. in einem Erk. des O. A. G. in Celle, s. Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 39. v. Vangerow in d. Pand. I. S. 57. und Gesterding in d. Ausbeute u. Nachforschungen Th. I. S. 342. Reischer im Würtemberg. Privatr. (dessen Meinung aber auch als unpraktisch verworfen wurde, s. Sarwey Monatsschrift f. d. Justizpflege in Würtemberg, Jahrg. 1847. S. 309.) als der Zeitpunkt des Erbschaftsanfalls gelten müsse, sondern der Moment, für welchen die Präsumtion des Todes entscheidet. Dafür sprechen außer den bereits von uns angeführten auch folgende Autoritäten: Pfeiffer l. c. Bd. IV. S. 371. Gmelin und Elsässer Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. IV. S. 168. u. 176. Koch, D. utrum successio absentium fiat ex nunc an ex tunc. pag. 214. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1682. not. f. Walch Controv. j. c. Sect. I. Cap. I. §. 8. Köchy, Meditt. S. 313. Glück Pand. R. Bd. XXXIII. S. 299. v. Dallwigk, pr. Erört. Nr. V. §. 17. Thibaut System d. P. R. §. 820. Ed. IX. Seuffert Erört. einzelner Lehren d. röm. Privatr. Bd. I. §. 61. Bolley verm. juriſt. Aufsätze Bd. I. S. 94. Michaelis in den Jahrb. d. juriſt. Literatur Bd. XXII. S. 154.

i) Die Todeserklärung bewirkt für sich noch nicht die Trennung der Ehe des Verschollenen, sondern der Ehegatte, welcher sich wieder verehelichen will, hat ein weiteres Verfahren zu veranlassen, worauf Ehescheidung ausgesprochen werden kann, Mittermaier deutsch. Privatr.

Digitized by Google

§. 147. Ed. VI. vergl. Zeiller Commentar zum Oesterreichischen Gesetzb. §. 112. u. 113. Bd. I. S. 289.

Befugnisse des Beneficiaterben.

Die dem Beneficiaterben in l. 22. §. 4. 5. C. 6. 30. eingeräumte Freiheit, Legatare vor Erbschaftsgläubigern zu befriedigen, dürfte wohl in Folge des heutigen geregelten Concursverfahrens einer vom O. A. G. in Dresden in einem Ao. 1849 entschiedenen Fall beobachteten Einschränkung in so ferne unterliegen, als in demselben eine höhere richterliche Thätigkeit in Ueberwachung streitiger Erbschaftsverhältnisse begriffen ist, und eine die Gläubiger gefährdende Insolvenz des Nachlasses ein amtliches Einschreiten rechtfertigt, Mühlenbruch Pand. III. §. 700. Curtius Handb. §. 915. Ed. 3. — Bei Legataren kann in Erwägung kommen, daß sie nicht, wie Gläubiger selbst, ihren Anspruch schon kennen, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1853. S. 14. S. 740. Fr. 6.

Beneficium separationis.

Die Separation ist von den Gläubigern des Erblassers nicht bei dem Gericht, unter welchem dieser gestanden hat, sondern bei dem foro des Erben nachzusuchen, s. Dabelow ausführl. Entwickelung d. Lehre v. Concurs der Gläubiger, S. 340. S. 747.

Da die Gesetze keine Distinction machen, so ist auch die Meinung einiger Rechtslehrer, s. Brunnemann tr. de concursu credit. §. 12. v. Cramer Wetzlarsche Nebenstunden Th. 94. Nr. 11., welche die Pfandgläubiger des Verstorbenen zum Separationsrecht nicht zulassen wollen, zu verwerfen, Dabelow, l. c. S. 332. Frick de debitoris demortui creditoribus ad separat. benef. admittendis, pag. 19. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 919.

Dasselbe wird in l. 4. D. 42. 6. auch solchen Gläubigern gestattet, welche unter Zeitbestimmung oder Bedingung zu fordern haben, und deshalb noch nicht auf ihr Geld klagen können, weil die gemeinsame Sicherheitsmaasregel auch zu ihrem Besten dienen soll.

Nach l. 1. §. 7. D. 42. 6. können bei dem Concurse des Pupillarsubstituten eines Unmündigen, welcher die ihm von seinem verstorbenen Vater hinterlassene Erbschaft erworben und sie bei seinem Tode dem im väterlichen Testament ernannten Substituten hinterlassen hat, nicht allein die Gläubiger des Vaters des Unmündigen, sondern auch die des Unmündigen selbst die Separation verlangen.

In l. 1. §. 6. D. eod. ist bestimmt: wenn jemand eine fremde Erbschaft, die er an einen Fideicommissarerben restituiren soll, für in-

Digitized by Google

solvent hält, aber durch die Obrigkeit zur Antretung dieser Erbschaft gezwungen wird, so hat, im Fall der Fideicommissarerbe wegfällt, der Fiduciar das Recht, auf Trennung der in seiner Person vereinigten Vermögensmassen in der Maaße anzutragen, daß zu den Gütern des Erblassers Concurs eröffnet wird, gleich als ob die Erbschaft gar nicht angetreten wäre, Dabelow l. c. S. 336.

Den creditoribus peculii castrensis wird in der Praxis die Absonderung desselben gestattet, weil nach l. 1. §. 9. D. 42. 6., falls ein Haussohn, der ein castrensisches Sondergut hat, in Concurs kommt, die Gläubiger, welche in Bezug auf dieses Sondergut geliehen haben, allen anderen Gläubigern des Haussohns unbedingt vorzuziehen sind. Schweppe röm. Privatr. §. 148. Verschiedene Ansichten, s. Fritz im civilist. Archiv Bd. XII. S. 328.

Die Pandektenstelle l. 5. §. 15. 16. D. 15. 4., auf deren Grund den Gläubigern eines Kaufmanns, welcher an verschiedenen Orten abgesonderte Läden und in Ansehung deren verschiedene Schulden contrahirt hat, ein Quasiseparationsrecht eingeräumt zu werden pflegt, ist wohl nur von den Verhältnissen zu verstehen, welche durch die act. tributoria herbeigeführt werden, Schweppe l. c. S. 347. Heimbach l. c. S. 923.

Mehrere, großentheils zweifelhafte Fälle eines in Praxi ex analogia statuirten Separationsrechts, s. Heimbach l. c. Unbedenklicher scheinen nach Dabelow l. c. S. 358—372. die Fälle einer utilis vindicatio. Z. B. a) der Ehefrau an den Sachen, welche der Ehemann mit dem ihm von ihr geschenkten Geld gekauft hat, l. 55. D. 24. 1., desgl. an den vom Ehemann mit Dotalgeldern seiner Ehefrau erworbenen Sachen, l. 54. D. 23. 3. — b) Dem Curanden an den Sachen, welche der Vormund auf seinen Namen mit dem Geld des Pupillen gekauft hat, l. 2. D. 26. 9. — c) Des Soldaten, mit dessen Geld ein Anderer nicht auf des Soldaten, sondern auf seinen eigenen Namen Sachen erkauft hat, l. 8. C. 3. 32.

§. 750. *Hereditatis petitio.*)

Fr. 1. Wenn der Erbschaftsbeklagte das Erbrecht des Klägers bestreitet, und die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, so erscheint er, nach l.

*) Der Satz des Textes: „die hered. petitio ist bekanntlich eine act. mixta“ ist von dem Recensenten in Richter und Schneiders krit. Jahrbüchern v. J. 1848. für eine bekannte Unrichtigkeit erklärt worden. Dieser Vorwurf ist um so mehr zurückzuweisen, als im vorliegenden Werk durchaus der praktische Standpunkt festgehalten werden muß. Unstreitig hat ja die her.

Digitized by Google

13. §. 13. D. 5. 3. selbst dann als der rechte Beklagte, wenn er gleich nichts von den Erbschaftssachen besitzen sollte, indem sich diese in den Händen und unter der Verwaltung eines Erbschaftscurators befinden. Der Curator einer liegenden Erbschaft besitzt ja nur in fremdem Namen, und muß sie seiner Zeit demjenigen überliefern, welcher durch Urtheil und Recht als Erbe anerkannt wird, Flach Entscheid. des O. A. G. in Wiesbaden. Th. I. S. 77.

Wie muß der Erbschaftskläger ein beanspruchtes Intestaterbrecht darthun? Wenn gleich Einige, z. B. Bethmann-Hollweg Versuche ꝛc. S. 363. den schwierigen Beweis, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sey, welcher in vielen Fällen nur durch Edictalladung geführt werden könnte, von ihm fordern, so hält doch die große Mehrzahl der Rechtsgelehrten es zunächst für hinreichend, daß der Kläger nur überhaupt seine Verwandtschaft mit dem Erblasser, oder seine Stellung unter den zur Intestaterbfolge im Allgemeinen gesetzlich berufenen Personen beweise, so daß erst des Beklagten Anführung anderer näherer oder naher Erben*) ihn (ganz oder theilweise) zurücktreibe, oder zu dem S. 750.

---

petitio. — wenn auch hauptsächlich Realklage, doch häufig persönliche Leistungen zum Resultat, wie sie bei den persönlichen Klagen vorkommen, s. Arndts im Rechtslexikon Bd. V. S. 233. Fabricius im Rhein. Museum Bd. IV. S. 184. u. 194. und Justinian hat sie auch den b. f. actiones zugesellt. §. 28. J. 4. 6. — l. 12. §. 3. C. de her. pet. Einen Vorwurf hätte der Verfasser vielleicht dann verdienen können, wenn er, wie Roßhirt früher gethan hat, s. civilist. Archiv. Bd. IX. S. 32. die H. P. für eine reine Personalklage erklärt hätte. Ob man aber, wegen der unstreitig in ihr vereinigten verschiedenen Elemente, mit Hübner in den Zusätzen und Berichtigungen zu Höpfners Instit.-Comm. S. 122. sagen will, sie sey eine doppelte Klage, oder, wie die Meisten, sie sey eine gemischte Klage, oder nach Puchta's Vorlesungen Bd. II. S. 414. „Die H. P. hat die Beimischung von der Natur einer persönlichen Klage erhalten," ist wohl sehr gleichgültig. Genug, die Kaiser Diocletian und Maximinian erklären sie für eine actio mixta, l. 7. C. 3. 31. — und l. 25. §. 18. D. 5. 3. sagt ungefähr dasselbe. Die Gründe, auf welchen dieser gesetzliche Ausspruch beruht, hat der große Cujac. umfänglich dargestellt, und schließt mit den Worten: Sic igitur, qui petit hereditatem, agit in rem et in personam: igitur petitio hereditatis mixta est actio, s. T. IX. pag. 171. der Neapolitaner Ausg. Mag immerhin die Theorie neuerer Rechtslehrer, namentlich des Rec. v. Buchholz in s. juristi. Abh. Nr. I. S. 22. die H. P. schlechthin den Realklagen subsumiren, so wird sich doch, besonders dem praktischen Erfolg nach, der Vorwurf einer bekannten Unrichtigkeit als unberechtigt darstellen.

*) Linde in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. I. S. 163. hält zwar diese Anführung als eine exc. de jure tertii für unwirksam, sie darf aber

Digitized by Google

weiteren Beweise nöthige, daß diese ihm dennoch nicht im Wege stehen. Nur wenn der Beklagte selbst ein Verwandter des Erblassers ist, muß der Kläger nach der gewöhnlichen Meinung seine nähere Verwandtschaft beweisen, Glück P. R. Bd. VII. S. 510. Thibaut System §. 891. Ed. 8. v. Wening-Ingenheim Lehrb. V. §. 340. Man wird aber wohl mit Göschen Civilr. III. 2. S. 417. u. Arndts im Rechtslexikon Bd. V. S. 220. sagen müssen, daß dann jeder Theil sein Verwandtschaftsverhältniß beweisen müsse, und es dann darüber, welcher von beiden Partheien der nächste Erbe sey, nur der richterlichen Beurtheilung bedürfe.

S. 750. not. **) Der mit der hereditatis petitio belangte bonae fidei possessor ist von dem Zeitpunkt an, quo primum scierit quisque a se peti etc. dem malae fidei possessor gleich gehalten in Ansehung der Prästation der culpa, der Verbindlichkeit zur Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen der später erst vorgenommenen Veräußerungen aus der Erbsmasse, sowie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise, I. 20. §. 11. l. 25. §. 7. l. 31. §. 3. D. 5. 3. Dollmann in den Blättern für Rechtsanw. Bd. VI. S. 355. ꝛc. will zwar die Gleichstellung nur auf die beiden letzten Wirkungen beschränken, dagegen führt Arndts l. c. S. 227. not. 122. aus, daß diese Beschränkung den Worten und dem Geist der einschlagenden Gesetze zuwider wäre, entscheidet aber auch gemäß l. 40. pr. D. 5. 3. gegen eine Ausdehnung, welche man in v. Wening-Ingenheims Lehrb. Bd. III. S. 344. Ed. IV. behauptet findet, als hafte er von erhobenem Prozesse an auch für casus, wogegen sich auch v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 362. §. 506. a. E. erklärt.

S. 753. Fr. 6. Wenn dem b. f. possessor die Erbschaft evincirt wird, so kann er dem Kläger gleichwohl die bezahlten Legate, wenn sie gleich durch die Eviction als ungültig hinwegfallen, nach l. 17. D. 5. 3. in Aufrechnung bringen, hat er aber sonst Nichtschulden bezahlt, so kann er dies nicht, s. l. 20. §. 18. eod. v. Vangerow l. c. S. 365. glaubt zwar den wörtlichen Inhalt der l. 20 cit. nec imputaturum, quod non debitum solvit auf den possessor b. f. *post controversiam motam* einschränken zu müssen, um dem b. f. possessor ante controversiam motam in beiden Fällen gleiche Schonung angedeihen zu lassen, allein im zweiten Fall verdient er sie gewiß weit weniger, vielmehr ist hier

---

wohl immerhin als bloße Verneinung des klägerischen Erbrechts betrachtet werden, s. Arndts l. c. S. 220.

Digitized by Google

dem ganzen Zusammenhang zufolge eine Gränze gezogen, um den wahren Erben nicht für den Leichtsinn des vermeintlichen Erben zu strafen, s. Arndts l. c. S. 231. not. 141., welcher indessen einräumt, daß der b. f. possessor alsdann, wenn er irrthümlich angenommene Schulden aus den Erbschaftsgeldern selbst gezahlt hat, welchenfalls er nicht weiter bereichert ist, nur seine Klagen (condict. indeb.) abzutreten braucht, l. 31. pr. cit. cf. l. 25. §. 11. l. 16. §. 7. D. 5. 3.

Judicium familiae erciscundae.

Wenn die Theilung einer Mehrheit von Erbschafts-grundstücken durch Verloosung unter den Betheiligten (mit etwaigen Hinauszahlungen) geschehen kann, so ist dieselbe dem Weg der öffentlichen Versteigerung vorzuziehen, indem niemand selbst justo pretio seine Sache wider Willen verlieren soll, l. 52. §. 3. D. 10. 2. — §. 4. 5. J. 4. 17. — l. 22. §. 1. l. 55. D. 10. 2. — l. 3. C. 3. 37. Flach Entsch. d. O. A. G. in Wiesbaden Th. II. S. 45. ꝛc. S. 759. Fr. 6.

Die hier angeführte Meinung Einiger, namentlich Glück P. R. Bd. XI. S. 107. Schweppe röm. Privatr. §. 914. Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen Bd. I. S. 284., welche in Ansehung der gegenseitigen Evictionsverbindlichkeit der Erben in Ansehung einer vom Testator selbst getroffenen Vertheilung einen Unterschied machen, ob der Testator die Theilung unter seinen Kindern, oder unter anderen Erben getroffen habe, und nur im ersteren Fall, wie bereits S. 604. zur Fr. 3. von uns ausgeführt ist, die gegenseitige Evictionsverbindlichkeit anerkennen, im anderen Fall aber nicht, wird auch von v. Buchholz in der Lehre v. d. Prälegaten S. 365. als principienwidrig verworfen. Für die Eviction des Erbtheils muß allerdings überall von den Erben eingestanden werden, l 66. §. 3. D. 21. 2. — l. 14. C. 3. 36. — l. 7. C. 3. 38. Dasselbe findet der Verf. unter Widerlegung einer von Pfeiffer in Diss. de praeleg. §. 26. aufgestellten singulären Meinung, auch auf den Fall anwendbar, wenn der Erblasser die Erbschaft in der Form von Prälegaten vertheilt hat. Denn in diesem Fall ist eine solche innige Verschmelzung von Erbschaft und Legat vorhanden, daß eine Trennung beider, namentlich ein Aufgeben des Erbtheils und ein Behalten des Prälegates unmöglich ist, also ist hier die allgemein für die Erbquoten geltende Regel der Evictionsverbindlichkeit zum Grund gelegt. S. 763. Fr. 11.

Collationsverbindlichkeit.

Eine einfache Schenkung muß dann conferirt werden, wenn der Beschenkte mit anderen Descendenten concurrirt, welche eine dos oder S. 766. I.

Digitized by Google

propter nuptias donatio zu conferiren haben, jedoch nach l. 20. §. 1. C. 6. 20. nur: si neque dotem neque donationem ante nuptias a parente suo suscepit, sed simplicem tantummodo donationem, daher die von uns in not. *) S. 766. angezeigte Ausnahme gerechtfertigt ist, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Seufferts Archiv Bd. I. H. 3. S. 390. und d. O. A. G. in Wiesbaden in Flach Entscheid. Th. I. S. 157.

Noch weniger als bei Schenkungen läßt sich eine Collation alsdann begründen, wenn die Eltern dem Kinde etwas um einen niedrigen Preis verkaufen; denn hiebei darf ohne weiteres nicht angenommen werden, daß an die künftige Beerbung gedacht worden sey. — Gleichwohl kann Collation blos aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Gewährung des künftigen Erbtheils gerechtfertiget werden, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 17.

S. 771. Fr. 5. b. Der hier ausgeführte — obwohl häufig bestrittene Satz: der Descendent, welcher seinen entfernteren Ascendenten beerbt, tritt in die gesetzliche Collationsverbindlichkeit seines vor dem Erblasser verstorbenen näheren Ascendenten nicht ein, wenn er nicht des Letzteren Erbe geworden ist; wird durch ein Präjudiz des K. Hannöverisch. O. A. G. v. 22. März 1847. bestätigt, s. Gesetz-Samml. Abth. I. S. 79. Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. III. S. 91.

S. 773. Fr. 6. Ueber die Collationsverbindlichkeit bei der Concurrenz eines überlebenden Ehegatten mit Descendenten des Erblassers hat sich auch das O. A. G. in Oldenburg (s. Archiv des im G. H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. I. S. 92.) dahin ausgesprochen: wenn gleich nach Particularrechten der überlebende Ehegatte wirklicher Miterbe werden kann, so wird er doch so wenig als ein anderer extraneus dadurch berechtiget zu Gegenständen, welche nicht eigentlich Gegenstand des Nachlasses sind, l. ult. C. 3. 38. — l. 3. §. 6. D. 37. 6. Auch die arme Wittwe kann, wenn sie mit Descendenten concurrirt, nicht aus Nov. 117. c. 5. ein Recht auf Collation ableiten, denn indem da der indotata mulier zugestanden ist, quartam partem *ex substantia viri* accipere, sind ja vielmehr conferenda ausgeschlossen. Man kann sich dagegen nicht darauf berufen, daß dem conjux superstes wegen der Hälfte seiner Erbportion ein Pflichttheilsrecht gegeben ist; denn nicht alle Pflichttheilsberechtigte haben Anspruch auf Collation, sondern diese können nur die Descendenten unter einander begehren, Thibaut im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 330.

S. 774. Fr. 9. Dafür, daß dasjenige, was den Kindern zur Errichtung eines eigenen Haushalts oder einer abgesonderten Wirthschaft von den Ascen-

Digitized by Google

denten gegeben worden, allemal der Collation unterworfen sey, ist besonders der Sachsenspiegel Bd. I. A. 13. entscheidend, es hat sich aber auch von jeher die gemeinrechtliche Praxis dahin geneigt, s. Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 840. Puchta Pand §. 513. not. h. Emminghaus. S. Pand. S. 675. no. 17.

Militär-Einstandsgelder sind der Collation, wenn sie der Erblasser nicht ausdrücklich befohlen hat, oder andere Descendenten eine dos oder donatio propter nuptias zu conferiren haben, nicht unterworfen. Bei Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder ist nämlich der animus donandi zu präsumiren, l. 1. C. 2. 19. Es gilt daher hier, was oben zu S. 766. von der donatio simplex gesagt ist, s. Erk. d. O. A. G. in Jena im Wochenbl. f. Rfälle 1849. Nr. 5. S. 40.

Daß remuneratorische Schenkungen nicht der Collation unterliegen, ist gegen die von Kritz in den Rechtsfällen Bd. I. Nr. I. §. 3. 4. aufgestellte singuläre Meinung in praxi angenommen. Sie erscheinen nicht als Zuwendungen oder Anhülfen der Eltern an ihre Kinder, welche ihren Grund in diesem Verhältniß haben, sondern auf einem besonderen Grunde beruhen, auf empfangene Leistungen sich beziehen, welche zu vergüten sie bestimmt sind, wobei denn eine Ausgleichung unter den Geschwistern im Zweifel weder beabsichtigt seyn kann, noch der Natur der Sache nach zur Herstellung der Gleichheit erforderlich erscheint, da die Remuneration selbst keine andere Bedeutung als die der Ausgleichung hat, s. Pfitzer Collation 1807. §. 65. Von selbst versteht sich dies, wenn die remuneratorische Schenkung als Erfüllung einer obl. naturalis betrachtet wird, l. 25. §. 11. D. 5. 3. Schweppe röm. Privatr. §. 864. Emminghaus S. Pand. S. 679. no. 23.

Ungeachtet der Worte der Nov. 18. c. 6. nisi expresse dispo- S. 767.
suerit ist doch anzunehmen, daß die Collation wegfällt, sobald des Fr. 11.
Testators Wille, sie zu untersagen, irgend wie deutlich und in unzweideutiger Form vorliegt. Dafür spricht das Motiv der Nov. 18. c. 6., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus S. Pand. S. 682. no. 35. Leyser Sp. 413. M. 6. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 37.

Der Vater kann zwar seinen Kindern die Collation gegen einander auflegen, allein dieses kann doch nur dann von Folgen seyn, wenn

Digitized by Google

die Kinder sich der väterlichen Erbschaft unterziehen, l. 1. pr. D. 37. 7. Dagegen wird der väterliche Wille, sobald die Kinder sich von dem väterlichen Nachlaß lossagen, entkräftet, und was darauf gebauet und sonst davon abhängt, vernichtet, vielmehr entscheidet solchenfalls der Wille des Gesetzes. l. 8. D. 37. 7. — Nov. 92. c. 1. Jedoch ist solches nur so zu verstehen, daß den übrigen Kindern und Miterben der Pflichttheil unverkürzt verbleibe. Nov. 92. c. 1. Emminghaus S. Pand. S. 681. no. 32.

Von Vermächtnissen und Singularfideicommissen.

S. 783. Fr. 1. Daß die Vermächtnisse in der Regel den Erben, welche damit belastet sind, nach Verhältniß ihrer Erbtheile zur Last fallen, ist zwar dann außer Zweifel, wenn der Testator seine Erben ganz allgemein, und ohne deren namentliche Anführung die Vermächtnisse auferlegt hat; l. 33. pr. de legat. II. (31.) l. 124. D. de legat. I. (30.) vernünftigerweise und insbesondere nach l. 17. D. 45. 2. kann auch dies keinen Unterschied machen, wenn der Testator seine Erben sämmtlich unter namentlicher Aufführung belastet hat, idem est, quum omnes heredes nominantur. Zweifelhafter ist es aber, wenn der Erblasser mehrere einzelne namentlich aufgeführte Erben mit einem Legat onerirt hat, ob diese auch pro parte *hereditaria* oder pro parte virili zum Legat zu concurriren haben? Für diesen Fall entscheidet l. 54. §. 3. D. de legat. I. u. auch die bereits angeführte l. 124. eod. propius est, ut *viriles* partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato; eine Entscheidungsart, für welche sich auch mehrere Analogieen in den Gesetzen finden, s. l. 8. §. 1. D. 40. 6. — l. 24. D. 36. 1., vgl. mit l. 23. eod. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 421. not. 4. Dagegen spricht nun wohl l. 17. D. 45. 2. geradezu aus: die onerirten Erben seyen allemal pro *hereditariis* partibus zum Legat verpflichtet, es mögen nun Einzelne mit namentlicher Anführung, oder Alle mit Ausnahme eines Einzelnen belastet worden seyn. Hier ist nun aber augenscheinlich der Fall unterstellt, wo die Erbenqualität als das Moment des testatorischen Willens hervortritt. Während nun alle diese gesetzlichen Bestimmungen nur aus dem muthmaaslichen Willen des Erblassers schöpfen konnten, ist ohne Zweifel auch der Richter auf dessen Ermittelung angewiesen. Ist die Erbenqualität das hervorstechende, die namentliche Aufführung der Erben demnach nur demonstrative beigefügt, so wird man nach der letzteren Gesetzstelle entscheiden müssen, dagegen nach den beiden ersten, wenn wesentlich bestimmte einzeln benannte Erben mit dem Legat belastet sind,

Digitized by Google

s. hierüber Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. III. S. 712. not. 12. Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 427. not. 1. Arndts im Rechtslexikon Bd. VI. S. 284.

Wenn gleich in dem hier vorgetragenen Fall das Legat nicht als ein bedingtes behandelt werden konnte, so ist gleichwohl das Legat auf den Todesfall des Erben als bedingt anzusehen, l. 1. §. 2. l. 79. §. 2. D. 35. 1. — l. 4. pr. l. 13. D. 36. 2. Ulpian Fragm. 24. §. 30. — l. 12. §. 1. D. 31. — l. un. §. 7. C. 6. 51. Diese Gesetze weisen den Testator auf Substitution der Erben des Legatars, die er vielleicht nicht einmal kennt, besonders hin, wenn seine Absicht dahin geht. Außerdem ist zu vermuthen, er habe die Person des Legatars im Auge gehabt. Nicht entgegen sind a) l. 46. D. 36. 1. — l. 5. C. 6. 53., wo nicht zu übersehen ist, daß blos die Zahlzeit normirt war, s. Günther Bemerk. 1802. S. 1. b) l. 40. §. 2. D. 35. 1., wo die Ansicht des Ofilius für irrig erklärt ist. Cocceji J. controv. XXXIII. 2. 2. Ackermann Rsätze. N. F. II. S. 87. S. 797. Fr. 8.

Auch das O. A. G. in Cassel entschied 1840 dafür, daß der Regel nach (l. 75. 79. D. 35. 1. — l. 5. §. 2. l. 22. D. 36. 2.) Ausdrücke, wie „nach Legatars Ableben soll das Vermächtniß auf X fallen," so zu verstehen seyen, daß X es blos dann erhalten soll, wenn er den ersten Legatar überlebt, s. Strippelmann Entscheid. I. S. 236.

Es ist hier bemerkt worden, daß es bei dem Intestat-Codicill nichts zur Sache thue, wenn der vom Codicillanten bezeichnete Intestaterbe, welchem im Codicill ein Vermächtniß auferlegt ist, vor dem Erblasser stirbt, sondern vielmehr nun derjenige, welcher durch Proximität nunmehr Intestaterbe wird, zur Leistung des Jenem auferlegten Legats verbunden ist, wäre er auch ein postea natus. Nec interest, qui succedit, dum intestato succedat. S. 799. Fr. 1.

Dagegen ist bei einem testamentarischen Codicill das Legat ungültig, wenn ein bereits Verstorbener mit demselben im Codicill onerirt wurde, gesetzt auch, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gelebt hatte, aber ohne daß der Testirer es wußte, zur Zeit des errichteten Codicills schon todt war, l. 14. pr. D. 29. 7. Fein in der Forts. v. Glücks Commentar Bd. XLIV. S. 263. War nun aber das Legat ungültig errichtet, so konnte es auch einen substituirten Erben nicht verbinden, welcher außerdem nach dem Grundsatz: videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, verpflichtet gewesen wäre, s. Fein l. c.

Digitized by Google

Das testamentarische Codicill steht und fällt zwar mit dem Testament wegen seiner accessorischen Natur, man kann aber nicht umgewandt sagen: wer das Codicill angreift, verliere auch die im Testament ihm zugedachten Vortheile. Es ist ja möglich, daß das Codicill aus besonderen Gründen, welche die Gültigkeit des Testaments gar nicht berühren, hinfällig werden könne. Wer daher das Codicill aus solchen Gründen, aber fruchtlos, angreift, verliert dadurch nicht die ihm im Testament zugedachten, sondern nur die im Codicill ihm bestimmten Zuwendungen, s. Fein l. c. S. 149.

Ein Intestat-Codicill verwandelt sich in ein testamentarisches, wenn später ein Testament errichtet worden ist. **Testamento facto, codicilli jus ejus sequuntur.** l. 16. D. 29. 7. Das Testament mag dem Codicill vorangegangen oder nachgefolgt seyn, sagt l. 16. cit. ad **testamentum autem, quod** *quoque tempore* **fecisset, pertinent codicilli**; eine Ausnahme hievon müßte durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Erblassers begründet seyn, l. 6. pr. §. 1. 2. D. 29. 4.

Bei dem Intestat-Codicill kann in Frage kommen, wie es zu halten sey, wenn Mehrere zur Intestaterbfolge gelangen, während der Testator nur an Einen gedacht und diesen mit einem Legat onerirt hat, z. B. wenn er nur Einem Kind die Auflage machte, weil er das Andere im Krieg umgekommen glaubte, oder ihm unerwartet ein Zweites nachgeboren wird. Soll nun das onus ganz an dem im Codicill benannten (nur putative alleinigen) Intestaterben hängen bleiben, oder soll auch der Andere dazu pro parte beitragen? Die Gesetze sprechen den letzteren frei, l. 11. 12. 13. pr. D. 29. 7., denn er ist nun einmal vom Erblasser nicht onerirt, und da er aus eigenem Recht vermöge des Gesetzes erbt, so kann ihm nichts angemuthet werden, doch kann der allein onerirte sich, wie Witte im Rechtslexikon Bd. II. S. 675. annimmt, der Billigkeit zufolge mit der exc. doli gegen die Fideicommissare schützen, welche mehr als diejenige Quote der Vermächtnisse von ihm fordern, für welche die Erbschaft ihm geblieben ist, vgl. not. 308. zu l. 12. cit. in deutsch. Uebersetzung des Corp. jur.

Wird nach Anfertigung des testamentarischen Codicills ein Testament errichtet, werden also durch dieses Erben neu gerufen, so fällt der

Digitized by Google

confirmirte Codicill als Theil des durch das neue Testament rumpirten früheren Testaments zusammen. Aber auch der nicht confirmirte Codicill an den Testamentserben und an den Intestaterben verliert seine Kraft, weil der in ihm angeredete nun nicht mehr Erbe ist. Auch macht es darin keinen Unterschied, wenn der im rumpirten Testament berufen gewesene auch in dem rumpirenden Testament eingesetzt, oder wenn der im Codicill angeredete Intestaterbe auch in dem nachfolgenden Testamente zum Erben eingesetzt ist, denn er ist doch immer nicht in der Qualität, in der der Codicill zu ihm redete, Erbe. Dagegen wird zwischen dem codicillus ad testamentum und dem ab intestato der Unterschied angenommen werden müssen, daß, während der Erstere unwirksam bleibt, wenn auch das rumpirende Testament später durch Nichtantretung aller berufenen Erben destitutum, oder wenn es selbst wieder rumpirt wird, ohne daß der Prätor aus ihm secundum tabulas bonor. possess. gäbe, der letztere aufrecht zu erhalten ist, so oft das der Intestatsuccession entgegengetretene Testament aus irgend einem Grunde nicht realisirt wird, s. Witte l. c.

Wenn gleich regelmäßig die testamentarischen Codicille ihre rechtliche Kraft aus dem Testament ziehen, so daß sie mit diesem stehen oder fallen, so darf daraus doch nicht gefolgert werden, daß jeder Inhalt des Codicills nur nach dem Zeitpunkt der Errichtung des Testaments beurtheilt werden müsse, vielmehr fordert es die Natur der Sache, und ist auch in l. 7. §. 1. D. 29. 7. bestimmt, daß alles rein faktische in codicillarischen Verfügungen nicht nach der Zeit des errichteten Testaments, sondern des errichteten Codicills beurtheilt werden muß. Sagt z. B. der Codicillant: „die Bücher, die ich besitze," so sind darunter diejenigen zu verstehen, die er gegenwärtig besitzt, nicht diejenigen, welche er bei Errichtung des confirmirenden Testaments besaß, s. Witte l. c. Fein l. c.

Auch die Fähigkeit etwas aus dem Codicill zu erlangen, richtet sich nach der Zeit seiner Errichtung, und nicht nach der des Testaments, l. 2. pr. §. 1. l. 6. §. 4. l. 14. D. 29. 7. Z. B. wenn gleich der Honorirte zur Zeit des Testaments gelebt hatte, so ist doch, wenn er zur Zeit des Codicills schon todt war, das ihm darin bestimmte Legat pro non scripto zu achten. Eben so wenn der Onerirte in der Zwischenzeit gestorben ist, quia heres, ad quem (testator) sermonem conferat, in rebus humanis non est. Dieselben Grundsätze gelten von der ademtio legati, s. Fein l. c. S. 261.

Digitized by Google

Testamentifactio muß der Codicillant sowohl zur Zeit der Errichtung des Testaments als des Codicills gehabt haben. Hat er sie indessen zur Zeit des Codicills zwar verloren, aber später wieder erlangt, so soll auch der Codicill wieder zu Kräften kommen, l. 2. §. 3. l. 6. §. 3. l. 8. §. 2. 3. l. 9. D. 29. 7. — l. 12. §. 5. D. 49. 15.

Ueber das Verhältniß der ohne vorausgehendes Testament errichteten Codicille zu einem späteren Testament haben zwei Gesetzstellen, l. 5. D. 29. 7. und §. 1. J. 2. 25. zu sehr verschiedener Auffassung geführt. Die eine Meinung geht dahin, daß wenigstens irgend eine in oder außer dem Testament geschehene Willensäußerung des Erblassers erforderlich sey, um das ältere Codicill neben dem jüngeren Testament als fortbestehend zu betrachten; Andere statuiren die Fortdauer des Ersteren immer als sich von selbst verstehend, sobald keine die Wirksamkeit des Codicills für diesen Fall ausschließende Erklärung des Erblassers vor, in oder nach dem Testamente, namentlich ein Widerruf beigebracht werden kann. Diese letztere Ansicht ist von Fein in der Forts. d. Glückschen Commentars Bd. XLIV. S. 168. so vollständig ausgeführt, daß Sintenis im pr. gem. Civilr. Bd. III. S. 705. not. 7. sie zur völligen Ueberzeugung begründet erachtet.

S. 799. Fr. 2. Gegen die vorzüglich auf §. 3. J. 2. 25 *) gestützte Praxis debucirt auch Fein l. c. S. 390. §. 1512 a den Satz: daß die Codicille hinsichtlich der Form, abgesehen von der Zahl der Zeugen im Uebrigen den Testamenten ganz gleich gestellt seyen.

Für den Satz: daß auch die im Testament im Voraus bestätigten Codicille, nach gemeinem Recht, gemäß l. 8. §. 3. C. 6. 36. der Beiziehung von 5 Zeugen zu ihrer Gültigkeit bedürfen, entscheiden mehrere Präjudicien, namentlich: a) das O. A. G. in Jena, s. Müller Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. Bd. I. H. 1. S. 47. — b) das O. A. G. in Rostock, s. v. Nettelbladt Rechtssprüche Bd. IV. S. 85. — c) das O. A. G. in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 935. Nr. VII. 2. Aufl.

Clausula codicillaris.

S. 804. Fr. 2. Mit Francke Notherbenrecht §. 33. übereinstimmend, und gegen die Ansicht Mühlenbruchs in Glücks P. R. Bd. XXXVII. S. 368. entschied der von uns bevorzugten Meinung gemäß das O. A. G. in

*) Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et *nullam solennitatem ordinationis desiderant.*

Digitized by Google

Cassel 1833. „die clausula codicillaris wirke in dem Fall, wo das Testament von einem Descendenten, weil er ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes enterbt ist, angefochten wird, weil die Fiction des Wahnsinns, wenn Nov. 115. anwendbar wird, nicht statt findet, soviel, daß der Kläger blos den Pflichttheil und Quartam Trebell. erhält, s. Strippelmann Entscheid. II. S. 338.

Oralfideicommiß.

Bei Auslegung der l. 32. C. 6. 42. in Ansehung des *fidei-commissi heredi* praesenti injuncti folgt das O. A. G. in Jena der von uns angeführten Meinung Thibauts und Mühlenbruchs, welche zu dessen rechtlicher Wirksamkeit absolut erfordern, daß mündlicher Auftrag an den gegenwärtigen Erben ertheilt worden sey, in Erwägung, daß man nicht als Absicht des Gesetzgebers annehmen könne, die gesetzlich festgestellte Codicillenform durch jenes correctorische, und darum strict zu interpretirende Gesetz noch weiter aufzuheben, als es durch das Gesetz selbst, und besonders durch die erläuternden Worte des §. 12. J. 2. 23., wonach der Erbe blos zu beschwören braucht, daß er nihil tale a testatore *audivit*, bestimmt und deutlich ausgesprochen ist, s. Seufferts Archiv Bd. IV. H. I. S. 120. S. 807. Fr. 1.

Daß es Fälle gebe, in welchen die Regel: ein solches Oralfideicommiß könne und dürfe nur durch Eideszuschiebung bewiesen werden, eine Ausnahme leide, zeigt folgender vom O. A. G. in Lübeck, s. Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 43. entschiedener Rechtsstreit. Fr. 3.

Das fideicommissum heredi praesenti injunctum war nämlich von den Erben des Onerirten gefordert worden, der Onerirte aber hatte noch bei Lebzeiten freiwillig in einem instrumentum publicum ein wohlüberlegtes und erschöpfendes Geständniß über die letztwillige Disposition des Erblassers abgelegt, und sogar gerade zu dem Zwecke, damit die Honorirten durch dasselbe ihr Recht auf die Erfüllung jener Disposition nach seinem Tode gegen seine Erben begründen könnten, indem er den Notar angewiesen hat, künftig den Betheiligten Ausfertigungen des Protokolls zu ertheilen. Hier trat also der Fall nicht ein, für welchen in den einschlagenden Gesetzen die Eidesdelation vorgeschrieben ist, sondern der Fall eines Geständnisses des Onerirten, in welchem Falle nach den gedachten Gesetzen die letztwillige Verfügung unbedingt erfüllt werden soll. Die angestellte Klage, welche auf dieses Geständniß und das dasselbe beweisende Notariatsprotokoll gestützt worden ist, erschien daher auch in dieser Hinsicht als völlig begründet. Wenigstens hat es keinen Zweifel, daß ein solches Geständniß des One-

Digitized by Google

rirten alsdann entscheidend ist, wenn erst nach dem Tode des Letzteren gegen seine Erben geklagt wird, welcher Fall in den einschlagenden Gesetzen nicht speciell berührt worden, und in welchem die dort vorkommende Eidesdelation keine Anwendung findet.

Von Vermächtnissen.

S. 810. §. 6. Ein Vermächtniß erfordert zu seinem Rechtsbestand nicht die ausdrückliche Namhaftmachung des Honorirten. Alles hängt davon ab, ob durch Schlußfolgerung die Absicht des Testators vermuthet werden kann, l. 25. 29. D. 34. 5. D. 28. 5. l. 33. §. 1. D. 35. 1. Nicht entgegen ist l. 77. D. 31., wo eben eine andere Willensmeinung bei genauer Erwägung ganz so klar, wie in l. 74. pr. D. 36. 1. umgekehrt die Honorirung hervortritt, Ackermann Rechtss. 71. H. I. S. 171.

S. 810. Fr. 1. Wenn es gleich völlig statthaft ist, auch die künftige Erbschaft des Erben mit einem Fideicommiß zu oneriren, so ist doch eine solche fideicommissarische Disposition unwirksam, in so weit sie den Grundsatz verletzt, daß niemand mehr onerirt werden darf, als er honorirt ist, l. 114. §. 3. l. 122. §. 2. de legat. I. — l. 70. §. 1. de legat. II. — §. 1. J. 2. 24. Diese Beschränkung kann der Belastete immerzu geltend machen, so lange er nicht ausdrücklich auf sie verzichtet, l. 46. D. 35. 2. — l. ult. C. 6. 50. — l. 20. §. 1. D. 39. 5. Es schadet ihm daher nicht, daß er sich bei dem seiner Zeit gehörig publicirten Testamente des Fideicommittenten beruhigt, und eben so auch die darin gewährten Vortheile genossen hat, s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in d. Hamburger Samml. Bd. I. H. 4. S. 798.

Den Satz: daß Erben, wenn sie aus einem Testamente die Erbschaft angetreten haben, alle, auch die über ihr eigenes Vermögen getroffenen Verfügungen des Erblassers anerkennen müssen, hat die Sächsische Praxis immer anerkannt, Gottschalk Disc. for. T. II. c. 1. 5. Leyser Sp. 380. M. 6. 7. u. A. Der abweichenden Meinung bei Hasse Rhein. Mus. III. S. 541. Beseler Erbvertr. II. S. 335. steht entgegen: 1) daß zur unterscheiden ist zwischen einfacher Erbschaftsantretung, und ausdrücklicher Anerkennung des Testaments: jene kann, sobald nur nicht ein test. correspectivum oder eigentlicher Erbvertrag in Frage ist, der Erbe auch mit der Protestation vornehmen, daß er Bestimmungen, wozu der Testator nicht befugt war, damit nicht sich unterwerfen wolle; 2) daß aber bei dem Unterbleiben solch einer Protestation l. 69. D. 50. 17. — l. 41. D. 4. 4. — l. 16. §. 1. C. 6. 23. eintreten. Das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in einem solchen Falle seine Bedeutung, weil der

Digitized by Google

Erbe den Willen des Erblassers erfüllte, dem er Dankbarkeit und Pietät schuldig ist, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden, in Emminghaus Pand. S. 645. no. 21.

Falcidische und Trebellianische Quart.

Wenn dem Fiduciar der Abzug der Qu. Trebell. nicht ausdrücklich untersagt ist, so darf ihm, obschon im Testamente, daß die Restitution der Erbschaft nach seinem, des Fiduciars Tode erfolgen soll, festgesetzt ist, nicht versagt werden, daß er alsbald nach des Testators Tod auf Veräußerung der Erbschafts-Immobilien, um seine Quarta zu erhalten dringt; denn im Zweifel wird angenommen, daß alle Zeitbestimmungen zu Gunsten des Verpflichteten beigefügt seyen, l. 20. l. 99. §. 4. D. 46. 3. — l. 41. §. 1. D. 45. 1. — l. 17. D. 50. 17. Als Regel gilt dies auch bei Fideicommissen, l. 12. C. 6. 42. Eine Ausnahme tritt blos ein, wenn erweislich die Zahlungszeit zum Vortheil des Fideicommissars angeordnet ward, l. 43. §. 2. D. 31. — l. 15. D. 33. 1., was im vorliegenden Fall sich nicht behaupten ließ, s. Mittheilungen d. Voigtl. Vereins 1837. S. 57. S. 811. Fr. 7.

Aus einem Erk. d. O. A. G. in Dresden v. J. 1851. entnehmen wir folgendes: A hatte seinen Sohn B im Testament, nach welchem Letzterer auch wirklich die Erbschaft angetreten, eingesetzt, und für den Fall, daß er, ohne rechtmäßige Descendenz zu hinterlassen, stürbe, den C und eventuell dessen Kinder substituirt. Ein Gläubiger des B begehrte Hülfsvollstreckung in ein Nachlaßgrundstück. C und dessen Kinder widersprachen interveniendo. Das Gesuch des Gläubigers ward, weil B zum Abzug seines Pflichttheils $= \frac{1}{4}$ und der Qu. Trebell. $= \frac{1}{4}$ vom Rest der Erbmasse befugt, als Platz greifend auf die Hälfte des Grundstücks anerkannt. Denn 1) der mit einem bedingten oder betagten Fideicommisse Belastete hat die Rechte des Erben so weit sie mit der Restitutionspflicht verträglich sind. Er ist bis zur Restitution Eigenthümer aller Erbschaftssachen, verfolgt wirksam die Ansprüche des Erblassers an Dritte, schließt eben so Verträge über erbschaftliche Rechtsverhältnisse, und liberirt die Schuldner, l. 65. pr. D. 36. 1. — l. 4. C. 6. 54. l. 22. D. 13. 5. — l. 21. pr. D. 46. 1. — l. 104. D. 46. 3. Allein Veräußerungen, die er vornimmt, sind bei einem unbedingten Fideicommiß von Anfang an ungültig, bei einem bedingten werden sie es durch Eintritt der Bedingung, l. 5. §. 2. 3. C. 6. 43. — l. 54. D. 36. 1. — Nov. 108. c. 1. — 2) Nun ist aber ein Descendent zu den beiden obigen Abzügen berechtigt. Ja noch mehr; während andere Fiduciare, denen ein betagtes oder bedingt-

Digitized by Google

tes Fideicommiß auferlegt ist, von den vom Erbschaftsantritt ab bis zum Zeitpunkt der Restitution nach §. 2. J. 2. 21. — l. 42. 56. pr. l. 62. §. 1. l. 63. §. 1. 3. D. 35. 2. — §. 5—7. J. 2. 25. — l. 22. §. 2. l. 50. §. 5. D. 36. 1. gefallenen Nutzungen blos auch nur wieder die Quarta kürzen dürfen, so sind Descendenten in der Weise bevorzugt, daß sie in solchen Fällen Früchte gar nicht herausgeben, l. 6. pr. §. 3. C. 6. 49. Berger Oecon. II. 34. not. 2. 4. 9. Folglich war B und ist der in sein volles Recht eintretende Gläubiger allerdings mit einem Verfügungsrecht über jeglichen einzelnen Nachlaßbestandtheil versehen, das eben so weit, als sein des B Abzugsrecht sich erstreckt. Selbst wenn B und C Miterben und also in einer communio wären, ließe das sich nicht läugnen. Aber auf keinen Fall sind Fiduciar und Fideicommissar in einer solchen communio, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1852. S. 22.

Derselbe Gerichtshof entschied auch in einem Ao. 1844 verhandelten Fall: der oneratus descendens braucht nicht die von einem Fideicommiß gezogenen Nutzungen sich auf die Qu. Trebell. anrechnen zu lassen, selbst wenn der honoratus weder sein Kind noch sein Geschwister ist. Von der l. 6. pr. C. 6. 49. wird zwar bei Pufendorf II. Obs. 83. und bei Thibaut §. 778. behauptet, daß sie eine Freiheit von jener Einrechnung nicht begründen, soferne die Quart neben dem Pflichttheil gefordert wird, richtig ist auch, daß die Römer den doppelten Abzug nicht kennen. Allein sie nennen doch den Pflichttheil nie Qu. Trebell., auch ist h. z. T. l. 16. X. 3. 26. maasgebend. Ferner wollen Wernher IV. O. 7. no. 62. und Schweppe §. 936., weil l. 6. cit. §. 3. sagt: non alterius etc. auf den Fall die Freiheit einschränken, wenn Kinder oder Geschwister honorati sind. Indeß ging der Zweck des Gesetzes blos dahin, die Kinder als honoratos zu begünstigen. So nehmen es G. Tellez ad. l. 16. all. all. §. 18. Bach Op. pag. 447. Hofacker Princ. §. 1538. Berger Oecon. II. 4. 34. 2. Ed. Winckler, Curtius Handb. §. 802., s. Zeitschr. f. Rechtspflege IX. S. 35.

Ueber die die Qu. Trebell. außer dem Pflichttheile statuirenden c. 16. 18. X. 3. 26. de testam. äußerte derselbe Gerichtshof: Cujac. Obs. VIII. 3. sagt von ihnen mit Grund: ex falso juris intellectu processerunt, neque ad consequentia sunt trahenda. Sie gelten nur im wörtlich entschiedenen Fall, da das Fideicommiß bedingt oder mit einer Zeitbestimmung geordnet war.*) Zwar ist 1802. das App. Gericht hievon abgewichen: Kind I. 50., allein 1836. durch publicirtes

*) S. obiges Supplement zu S. 686. Fr. 4.

Digitized by Google

Präjudiz zur älteren Praxis, s. Carpzov III. 1. d. 20. Bauer Op. I. no. 13. zurückgekehrt. Das gedachte Präjudiz setzt auch fest, daß die Quarta nur von der nach Abzug des Pflichttheils übrigen Masse berechnet werden soll, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 853. Wochenbl. f. Rechtsf. 1847. S. 390. Indeß hat in letzter Beziehung H. Reinhard im arithmet. Handb. f. Rechtsgelehrte ed. Treitschke 1845. S. 101. Bedenken, indem er was von ihm in not. b. Zeile 5. 6. incorrect ausgedrückt wird, in Einklang mit der Meinung bei Stryck Succ. ab int. VII. 1. §. 29. G. L. Boehmer Exerc. I. 1. Polack matth. for. I. 2. 2. §. 35. Kind l. c. wohl positiv richtiger, daß die Quart vom ganzen vollen Erbtheil zu gewähren, aus den Worten des c. 16. de bonis illis, u. c. 18. eam deducere ableitet.

Ueber die Berechnung der Falcidischen Quart, s. auch Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. VI. S. 312.

Der Legatar kann zwar von mehreren ihm hinterlassenen Ver- S. 824.
mächtnissen eines annehmen und das andere ausschlagen, wenn dies nicht dem Willen des Erblassers offenbar zuwider ist, wie es z. B. der Fall seyn würde, wenn der Legatar gerade nur die unbeschwerten Vermächtnisse annehmen, die beschwerten aber ablehnen wollte, l. 5. D. de legat. II. (31.). Aber dasselbe Vermächtniß kann er nicht zum Theil annehmen, l. 4. 6. 23. D. eod. Daraus folgt, daß wer entschieden einen Theil erworben haben will, eben dadurch das Ganze erwirbt, l. 58. D. eod. Dagegen können mehrere Erben desselben Legatars, welcher ohne erklärte Annahme oder Ablehnung post diem legati cedentem gestorben ist, ein jeder unabhängig von dem andern ihren Antheil annehmen oder ablehnen, l. 38. pr. D. de legat. I.

Vom Prälegat.*)

Die neueste Monographie über diese Materie, v. Buchholz Lehre S. 831.
von den Prälegaten, Jena 1850, rechtfertigt vollkommen das Princip, §. 8.
daß kein ex asse heres ein Prälegat haben kann. S. 126. Ist indessen einem ex asse heres ein Prälegat hinterlassen, und demselben sein Erbrecht zum Theil abgestritten, so wird das Prälegat als solches für den nunmehrigen Theilerben aufrecht erhalten. S. 134. cf. l. 40. §. 2. D. 38. 2. — l. 125. D. de legat. I. 30. — Der Begriff eines Prälegats wird dahin festgestellt: es ist ein Vermächtniß, mit

*) Ueber diesen Gegenstand ist vorzüglich zu vergleichen: v. Vangerow Pandekten Bd. II. §. 523. und die dort angeführte Literatur. Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. VI. S. 288.

Digitized by Google

welchem ein Theilerbe oder einige oder alle Erben honorirt sind, und durch welches die ganze Erbmasse, also auch der Honorirte selbst, als Erbe belastet ist. S. 142. Finden sich wohl auch Fälle, wo ein Theilerbe zu einem Legate berufen ist, aber einzig die Miterben desselben als die Belasteten erscheinen, so sind diese doch anomaler Natur. S. 144. Unter Widerlegung der neuerlich von v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 438 ꝛc. vertheidigten Meinung Mehrerer, daß das Prälegat für den auf der Erbportion des Berechtigten lastenden Theil ein bedingtes Rechtsgeschäft sey, erklärt der Verf. dasselbe vielmehr für ein unbedingtes Rechtsgeschäft, jedoch in der Weise vollführt, daß gleich von Anfang an nach einer civilistischen Regel das Prälegat auf den Erbantheil des Honorirten als Legat für diesen nicht besteht. **Heredi a semet ipso legatum dari non potest. l. 116. §. 1. D. de legat. I. 30.** Die früher nicht bezweifelte, von Mühlenbruch im Glückschen Commentar Bd. 42. S. 241. aber bestrittene Ansicht, daß in einer **divisio parentum inter liberos** die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten, leidet nach dem Verf. die Einschränkung auf den Fall, wenn der Erblasser die Vertheilung in seinem Testamente oder Codicille vorgenommen hat, oder in der von Justinian in der Nov. 18. c. 7. u. 107. c. 3. vorgeschriebenen Form, und wenn er in diesem Fall ausdrücklich die vertheilten Sachen als Fideicommisse oder Legate bezeichnet hat. S. 240.

Fr. 2. Die ziemlich allgemeine Annahme, daß eine der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung auch auf das ohne deren Wiederholung diesem Erben verschaffte Prälegat von selbst zu beziehen sey, s. Schweppe gem. deutsch. Civilr. Bd. III. §. 695. Mühlenbruch in Glücks Pand. Bd. 41. S. 275. Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 429. u. A. kann nach der gründlichen Ausführung von Buchholz l. c. S. 284 u. 555. nicht in solcher Allgemeinheit gelten. Aus den dafür angeführten Gesetzstellen kann nur dieses entnommen werden: wenn der Testator bei der Erbeinsetzung schon den bestimmten Willen, daß etwas gethan oder unterlassen werde, ausgesprochen hat, so braucht derselbe bei dem von ihm weiter angeordneten Prälegat nicht wiederholt zu seyn; vielmehr stünde dem Zuwiderhandelnden, wenn er dann doch wenigstens das Prälegat fordern wollte, exc. doli entgegen. Es kommt demnach blos darauf an, den vermuthlichen Willen des Testators zu erforschen, und im Zweifel ist das Prälegat als ein unbedingtes anzunehmen. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 124. lit. b. Daß aber, wie v. d. Pfordten in d. Diss. **de praelegatis p. 35** ꝛc. u. 38. dafür hält, der Wille des Testators, die Bedingung von der Erbeinsetzung auf das Präle-

Digitized by Google

gat zu beziehen, einzig und allein in den beiden Fällen, wo die Bedingung der Erbeinsetzung in favorem libertatis et emancipationis beigefügt war, zu präsumiren sey, ist widerlegt von Roßhirt in der Lehre v. d. Vermächtnissen Bd. I. S. 272. Fritz in Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. V. §. 70. v. Buchholz l. c. S. 298.

Hinsichtlich der Frage: ob der Substitut des mit einem Prälegat Fr. 3. bedachten Erben auch auf das Prälegat Anspruch habe, wenn die Substitution in das Leben tritt, sind nach v. Buchholz l. c. S. 317. zwei Hauptfälle zu unterscheiden: 1) wenn der Substitut durch Ausschlagen der Instituirten oder 2) durch dessen Tod zur Erbschaft gelangt. Im ersten Fall bekommt der Substitut den Erbtheil des Ausschlagenden, ohne jedoch den auf dieser Erbportion haftenden Theil des Prälegats, indem ja der Repudiant dieses immerhin als simples Legat auch von dem Substituten selbst vindiciren kann, l. 17. §. ult. l. 18. l. 87. l. 89. D. de legat. I. 30. — l. 16. D. 34. 2. Eine Ausnahme findet statt, wenn erwiesenermaßen der Wille des Testators dahin gegangen war, dem Prälegatar sein Vermächtniß nur unter der Bedingung zuzuwenden, daß er auch die Erbschaft antrete, l. 88. D. I. 30. Dann trifft die Ausschlagung der Erbschaft die Strafe, daß der Substitut, wenn der Prälegatar keine Collegatare hat, die Erbportion des Repudianten vollständig, also auch mit Einschluß des Prälegats erwerben kann, in so weit dieses auf der genannten Erbportion haftet. Ebenso, wenn der eingesetzte Erbe die testamenti factio activa verliert. Die ganzen Prälegate ist dagegen der Substitut nur dann zu fordern berechtigt, wenn die Substitution ausdrücklich auch auf die Prälegate gerichtet war; 2) ist der instituirte Erbe und Prälegatar vor dem Erblasser gestorben, so erwirbt der Vulgarsubstitut das Prälegat, in so weit es zu seiner Erbportion gehört, wenn nicht ein, für dieses Legat besonders angeordneter Substitut oder ein Collegatar auch diesen Theil des Prälegats ihm entzieht. *)

Ist der instituirte Erbe und Prälegatar zwar nach dem Testator, aber vor dem Erwerbe der Erbschaft gestorben, so müssen wieder zwei

*) Nach l. 116. §. 1. — l. 34. §. 11. D. de legat. I. (30.) soll nämlich, wenn der Prälegatar einen Collegatar hat, jener ungültige Theil des Prälegats vermöge des Anwachsungsrechts ausschließlich dem Letzteren zufallen. Nicht unbeachtet kann hier die Bemerkung von Arndts im Rechtslexikon Bd. VI. S. 289. bleiben, daß die vom römischen Scharfsinn aus dem Princip: heredi a semet ipso legatum dari non potest abgeleiteten Folgerungen heutzutage kaum anwendbar seyn werden, ohne gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen.

Digitized by Google

Fälle unterschieden werden. Ist derselbe unter solchen Umständen gestorben, daß noch einer der wenigen Transmissionsfälle eintritt, so kann der Substitut durch den Willen des s. g. Transmissars ganz ausgeschlossen werden, l. un. §. 13. C. 6. 51. Tritt aber keine Transmission der Erbschaft ein, und ist der Fall von der Beschaffenheit, daß die Erben des Prälegatars noch auf sein ihm hinterlassenes Vermächtniß Anspruch machen können, so muß, mag die Substitution auch auf das allerweiteste gefaßt seyn, der Substitut mit dem Erbtheil dessen, dem er substituirt ist, und dem darauf haftenden Theile des Prälegats zufrieden seyn, während die Erben des Prälegatars die auf den Portionen der Miterben haftenden Theile des Prälegats in Anspruch nehmen können. Zum Beweis bezieht sich der Verf. auf l. 75. §. 1. D. de legat. II. unter Beleuchtung der verschiedenen Meinungen über diese Gesetzstelle. S. 184 und 323.

S. 832. lit. e und not. **) Ueber die Vertheilung der Prälegate unter mehreren zugleich mit einem Legat bedachten Erben sind bekanntlich die Meinungen der Rechtsgelehrten so divergirend, daß eine quellenmäßige aber doch auf Neuheit Anspruch habende Erörterung von Buchholz l. c. S. 370 ꝛc. vorzügliche Beachtung verdient. Bei simplen Legaten ist es außer Zweifel, daß die Collegatare — in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Testators gleiche Theile bekommen, l. 19. §. 2. D. de legat. I. 30. l. 33. eod. Dasselbe müßte consequent auch von mehreren Prälegatarien gelten. Hier führt aber die Regel: heredi a semet ipso legari non potest zu nothwendigen Ausnahmen. Dieser Ausnahmsfälle sind jedoch nur zwei: einmal wenn ein einzelner (oder der einzige) Erbe mit einem oder mehreren Fremden (oder Nichterben) concurrirt, so fällt der, auf seiner Erbportion haftende Theil ganz dem, oder den Fremden zu, l. 116. §. 1. D. de legat. I. 30., vergl. l. 34. §. 11. eod. und zweitens: wenn nur zwei Personen auf ungleiche Theile zur Erbschaft und beide auch allein zu demselben Prälegate berufen sind, so stehen, wie wir bereits in not. **) S. 832. gezeigt haben, — ihre ungleichen Theile am Prälegate im umgekehrten Verhältnisse zu ihren Erbtheilen, l. 34. §. 12. De de legat. I.

Die Frage: wenn ein Erbe, der zugleich mit einem Prälegate bedacht ist, um die Restitution seiner Erbschaft gebeten wird, muß er dann auch das Prälegat restituiren, und im Falle, daß diese Frage bejaht wird, zu welchem Theile? entscheidet der Verfasser, in so ferne sich der Testator nicht bestimmt darüber erklärt hat, mit Verwerfung der, in der Glosse zu l. 3. §. 4. D. 36. 1. aufgestellten

Digitized by Google

Meinung*) dahin, daß es hierbei bloß auf die Ausdrucksweise des Teſtators ankomme. Soll der Erbe ſchlechthin ſeine portio,**) oder quicquid ex hereditate, ex bonis ad eum pervenerit reſtituiren, ſo muß er das Prälegat auch in denen von den Miterben empfangenen Theilen herausgeben. Iſt hingegen der Erbe und Prälegatar vom Teſtator gebeten, ſeine hereditas, oder ſeine hereditatis pars, oder ſeine hereditatis portio***) zu reſtituiren, ſo gibt er von dem Prälegate nur den Theil heraus, welcher auf ſeiner Erbportion haftet, denn die hereditas begreift die Legate nicht in ſich, l. 96. D. de legat. III. (32.) Doch iſt dies nur praesumtionis, mithin der Gegenbeweis dem belaſteten Erben nicht abgeſchnitten, l. 16. C. 6. 42. Die vorgetragene Regel erleidet auch eine Ausnahme zu Gunſten des Fideicommißerben, da, wo ein entgegenſtehender Wille des Teſtators, eine Begünſtigung Jenes, geſetzlich angenommen wird, l. 17. pr. D. ad Sct. Trebell. (36. 1.) v. Buchholz l. c. S. 474.

Legatum speciei. Der Vermächtnißnehmer einer beſtimmten S. 835. Sache vindicirt mit Recht zugleich dasjenige, was zu der vermachten Sache entweder von Rechtswegen (z. B. alluvio, insula in flumine nata) oder durch Beſtimmung des Erblaſſers als Zuwachs hinzugekommen, oder als Pertinenz der Hauptſache zu betrachten iſt, l. 24. §. 2. D. de legat. I. — l. 39. D. de legat. II. l. 16. l. 91. §. 3—6. D. de legat. III. cf. l. 44. l. 86. ib.

Wenn jemand das Eigenthum an einem Gute hatte, ein Anderer aber den Ususfructus, und dieſer von Jenem zum Erben eingeſetzt, einem Dritten aber das Eigenthum oder das Gut ſelbſt vermacht iſt, ſo kann der Erbe den Ususfructus, durch welchen das Eigenthum des Erblaſſers beſchränkt war, nicht ferner gegen den Legatar geltend machen, l. 26. l. 76. §. 2. D. de legat. II. Roßhirt Vermächtniſſe II. S. 154. Anders iſt es bei Realſervituten, l. 116. §. 4. D. de legat. I. — l. 18. D. 8. 1.

Legatum generis. Von der unter den Rechtsgelehrten vorherr- S. 836. ſchenden Anſicht, daß daſſelbe immer ungültig ſey, wenn kein Gegen- Fr. 1.

*) Nach der, jedoch von den meiſten ſpäteren Rechtsgelehrten verworfenen Meinung der Gloſſe ſoll nämlich die Wortfolge entſcheiden, ſo daß, wenn der Teſtator zuerſt das Prälegat, und darauf das Univerſalfideicommiß angeordnet habe, anders entſchieden werden müßte, als wenn das Univerſalfideicommiß zuerſt, und darauf das Prälegat beſtimmt ſey, welch letzteren Falls das Prälegat gar kein Object der Reſtitution bilde.

**) l. 3. §. 4. D. 36. 1. — l. 18. §. 3. D. 36. 1.

***) l. 18. §. 3. D. 36. 1.

Digitized by Google

stand der bezeichneten Gattung im Nachlaß zu finden ist weicht Arndts im Rechtslexikon Bd. VI. S. 333. ab, indem er den Grundsatz aufstellt, es komme nur darauf an, ob der Gegenstand des Vermächtnisses genügend bestimmt oder bestimmbar ist, und ist er dies, so müsse der Wille des Erblassers erfüllt werden, z. B. wenn derselbe einem Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde u. dergl. vermacht hätte, so wäre der Erbe dadurch allerdings verpflichtet. Dagegen dürfte aber einzuwenden seyn: wenn der Testator ein Haus vermacht hat, ohne eines zu haben, so gilt das Legat nach l. 71. D. de legat. I. nicht, obgleich ein Haus etwas bestimmtes ist, und der Legatar sogar unter mehreren im Nachlaß befindlichen Häusern die Wahl hat. Man wird daher zur Gültigkeit eines legati generis immer an dem doppelten Erforderniß fest halten müssen: 1) daß sich Sachen aus dem vermachten genus auch wirklich in der Erbschaft vorfinden; 2) daß der Gattungsbegriff nicht so vag sey, daß es den darunter fallenden Individuen an aller wahren Bestimmtheit fehlt, wie z. B. beim Vermächtniß eines Grundstücks ohne alle Bezeichnung, l. 69. D. 23. 3., denn ein Grundstück wird nur durch eine bestimmte Bezeichnung und Begränzung zu einer besonderen Sache. Der weiter von Arndts l. c. aufgestellte Fall, wenn der Erblasser Jemanden ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt vermacht hat, so wie es seinem Stand und Bedürfniß angemessen ist, scheint nicht hieher zu gehören, sondern zur Ausnahme von der Regel, wenn nämlich der Testator ausdrücklich vorbedacht hat, daß ein so bezeichnetes Haus nicht aus seinem Nachlaß zu erholen, sondern vom Erben zu erkaufen sey.

§. 851. Fr. 3. Legatum nominis war nur scheinbar in folgendem Fall verhanden. „A legte seinem Erben B im Testamente auf: dem C 500 Thlr. Legat zu zahlen, von denjenigen 1000 Thlrn., die B ihm, dem A schuldig sey.“ B trat die Erbschaft an; auf des C act. legati personalis läugnete er aber jede Schuld an A. Hier kann nun allerdings ein legatum nominis nicht erblickt werden. Denn wenn der Erbe selbst Schuldner des Erblassers ist, so wird durch die Erbschaftsantretung Confusion erzeugt; der Erbe, der bei dem legatum nominis zur Cession der Klage verbunden ist, — ohne welche Cession der Legatar auch act. utilis hat, kann die durch Confusion erloschene Klage nicht cediren, folglich auch der Legatar keine act. utilis gegen ihn haben; wohl aber muß dem Legatar die act. personalis ex testamento gegen den Erben auf Das zustehen, was dieser dem Erblasser schuldete, l. 21. D. 34. 3., wobei er jedoch die Existenz der Forderung

Digitized by Google

und deren Betrag zu erweisen hat, arg. §. 4. J. 2. 20. Die Erbschaft wurde durch das Legat vermindert, was eben den Charakter des Vermächtnisses ausmacht. Die Erwähnung der Forderung des Testirers an den Erben kann nicht als bloße demonstratio, als bloße Anweisung des Zahlungsmittels angesehen werden, sondern das Vermächtniß erscheint, arg. l. 72. D. 35. 1. als eine von dem Testirer an den Gewinn, welchen der Erbe durch Confusion machen würde, geknüpfte Last, welche das Bestehen einer solchen Forderung voraussetzt: mithin hat der Legatar den Beweis der Existenz derselben, als der Bedingung der Gültigkeit des Vermächtnisses zu übernehmen, s. Erk. d. O. A. G. Jena v. J. 1852 im Wochenbl. f. Rfälle 1852.

Wegfall des Vermächtnisses.

Der zum Schutz der Legatare eingeführte Satz „si quis omissa causa testamenti etc." ward in dem Falle, da der Erbe auf Mängel in der Form des Testamentes, und auf seine Eigenschaft als pflichttheilsberechtigtes Kind sich berief, von dem O. A. Ger. Cassel 1841, wie folgt, geltend gemacht: die causae cognitio, welche l. 6. §. 3. D. 29. 4. dem Richter vorschreibt, kann nur von einer materiellen omissionis causa verstanden werden; — Form-Versehen, z. B. fehlende unitas actus, ingleichen Zweifel, ob gerichtliche Untersuchung des gehörigen Geisteszustandes des Testators veranstaltet worden, kommen, weil sie durch des Erben Anerkennung der Existenz des Testamentes und weil der Erbe die Testaments-Erbschaft angetreten, mindestens nicht ausgeschlagen hat, beseitigt worden, nicht in Betracht. In andrer Weise ist allerdings der Fall, wenn der Testator dem Erben ausdrücklich verstattee, auch ab intestato anzutreten, wovon auch l. 6. all. §. 2. spricht, zu beurtheilen. S. 860. lit. d.

Die aus der Befugniß, den Pflichttheil und Qu. falcidiam zu beanspruchen, abgeleitete Einrede des Erben ist zwar in thesi nach l. 8. §. 9. D. 5. 2. mit ähnlicher Tendenz, wie das obige Verstatten, als justa causa (im materiellen Sinne) anzusehen. Allein sie erfordert, um in hypothesi durchzugreifen, factische Begründung; der Erbe hat den Gesammt-Umfang des Nachlasses und seine Verkürzung darzustellen: Strippelmann Entsch. III. S. 271.

Ademtio legati. Wenn Thibaut im System d. Pandektenr. §. 999. lit. D. (Ed. 9.) und Hert. in Cons. et Resp. 224. §. 1. sagen: ein Legat sey stillschweigend aufgehoben, wenn die Zweckbestimmung, in deren Rücksicht es hinterlassen ist, widerrufen wurde, so kann dies nicht im Allgemeinen für richtig erkannt werden, denn die dafür angeführte S. 864.

Digitized by Google

l. 30. §. 2. D. 34. 4. sagt, wie v. Buchholz in der Lehre v. d. Prälegaten richtig bemerkt, etwas ganz anderes, sie enthält nicht eine Aufhebung der Zweckbestimmung, sondern eine **translatio a persona in personam.**

Ein Grund der Ungültigkeit des Legats kann die Unrichtigkeit der ihm hinzugefügten causa seyn. Selbst wenn sie nicht in Form einer Bedingung beigefügt ist, macht ihre Unrichtigkeit das Legat doch alsdann ungültig, wenn von den Erben bewiesen wird, daß, existirte diese causa im Augenblick der Errichtung des Testaments nicht, der Testator das Legat gar nicht angeordnet haben würde, was indessen auch aus den im Testament gebrauchten Ausdrücken hervorgehen kann, vgl. l. 92. D. 28. 5.

Wenn der Erblasser eines von zwei ihm alternativ schuldigen Objecten legirt, so wird das Legat nur dann wirksam, wenn der Schuldner gerade dieses Object leistet, die Leistung des andern aber vernichtet das Prälegat. arg. l. 75. §. 4. D. de legat. 30. — l. 50. §. 1. D. de legat. II. 31. v. Buchholz l. c. S. 599.

Ein Beispiel von Transferirung eines Prälegats von einer berechtigten Person auf eine andere enthält l. 31. pr. D. 34. 4. Jemand setzte seinen Sohn und seine Frau zu Erben ein; dem Sohn prälegirt er außerdem zwei Grundstücke mit dem dazu gehörigen Sclavenpersonal und allem Inventar; auch seiner Frau legirt er mehreres, namentlich Stichus und Dama. Nach errichtetem Testament erfährt er, daß es auf einem dem Sohne prälegirten Gute an einem Kämmerer fehle; deshalb schickt er den Stichus dahin, und giebt ihm die bleibende Aufsicht über die dortigen ländlichen Geschäfte und über das Rechnungswesen. Durch diese bleibende Versendung des Stichus — sagt Scaevola — hat der Testator stillschweigend das Legat des Stichus an die Frau zurückgenommen, und den Stichus zu dem Sclavenpersonal desjenigen Grundstücks versetzt, welches dem Sohne prälegirt war, so daß die Frau mit ihrer Klage auf den prälegirten Stichus abgewiesen werden mußte. — Roßhirt v. d. Vermächtnissen Bd. I. S. 442. findet hierin eine Ausnahme von der Regel, daß eine Tranlation in derselben Form wie die neue Anordnung eines Vermächtnisses erfolgen müsse. Andere Beispiele s. l. 7. pr. C. 6. 37. — l. 39. §. 2. D. de legat. III. (32.)

Digitized by Google

Aufhebung eines Legats kann auch dann schon angenommen werden, wenn eine gänzlich veränderte Gesinnung des Erblassers gegen den Legatar bewiesen wird, mithin wegen entstandener heftiger Feindschaft, die nicht wieder ausgesöhnt worden, l. 3. §. 11. l. 4. D. 34. 4.

Für den Satz: daß Widerruf eines Vermächtnisses keine Form erfordert, l. 27. C. 6. 42. — l. 3. §. 11. l. 4. 29. 30. 31. 36. D. 37. 4. — l. 4. §. 10. D. 44. 4. entschied auch das O. A. G. Dresden, s. Zeitschr. f. Rechtspflege N. F. III. S. 285. X. S. 481. Vergebens nimmt man Einwände aus l. 8. §. 2. C. 6. 36., die nur von Errichtung der Legate, und l. 35. D. 50. 17., die blos von Vertragsverhältnissen redet. Uebereinstimmend ist Puchta Pand. §. 337. Gottschalk Disc. for. III. pag. 32. Glück P. R. Bd. XXXVIII. S. 320. und die Lehrbücher von Hofacker, Schweppe, Mühlenbruch und Wening-Ingenheim. S. 866. Fr. 3.

Wegen des Widerstreits der angeführten zweierlei gesetzlichen Entscheidungen, welchem bisher vergeblich durch Emendation abzuhelfen gesucht wurde, muß man wohl die Frage: wenn mehreren Freunden gleiches Namens etwas vermacht ist, und nun eines dieser Vermächtnisse nur mit Nennung dieses Namens zurückgenommen wurde, soll nun keines dieser Vermächtnisse gefordert werden können, oder vielmehr die Ademtion wegen ihrer Ungewißheit unwirksam seyn? — der Natur der Sache nach nicht mit v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 529. dahin, daß nun beide Legate nicht gelten*), sondern vielmehr dahin entscheiden, daß nur die Ademtion nicht gelte. Denn der Erblasser hat, wie Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 299. bemerkt, einmal den Willen gehabt, beide Vermächtnisse zu hinterlassen; wer nun behauptet, daß er diesen Willen in Ansehung des einen oder andern Vermächtnisses geändert habe, muß die Willensänderung beweisen, und dazu kann ihm die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann, und doch nur auf eines bezogen werden soll, nicht dienen. — Uebereinstimmend lehrt Puchta in den Vorlesungen §. 537. „wenn es bei der Ademtion ungewiß ist, wem adimirt ist, so gilt das Princip: unverständliche Dispositionen werden als nicht gemacht er- S. 866. Fr. 4.

*) Dagegen macht Arndts l. c. folgende Instanz: man denke sich den Fall: der Erblasser habe etwa seinen acht Brüdern ein Legat von 1000 Fl. einem jeden hinterlassen, nachher aber dem einen von ihnen dasselbe wieder genommen, und dabei seinen Namen anzugeben vergessen, soll hier keinem der acht Brüder das Vermächtniß zu Theil werden?

Digitized by Google

achtet. Wenn daher ein Legat an ein so bezeichnetes Subject vermacht ist, daß das genannte Individuum nicht zu ermitteln ist, so ist es ungültig. Dasselbe muß aber auch von der Ademtion gelten."

Anwachsungsrecht der Collegatare.

§. 868. Während dasselbe nach der richtigeren Meinung den blos verbis conjunctis nicht gebührt, schien in folgendem Fall, da die Erblasserin verordnet hatte, „daß ihr Wohnhaus, 6 Bethmannische und 4 Stadt-Banko-Obligationen den 3 R'schen und den 2 S'schen Kindern, nämlich zu fünf Theilen zufallen sollen;" das Accrescenzrecht nicht statt zu finden, weil die Testirerin schon Theile gemacht habe, mithin nur verbis conjuncti gegeben seyen. Das O. A. G. in München entschied aber doch dafür, daß sie als re conjuncti zu betrachten seyen, denn durch die Worte zu 5 Theilen habe die Testatrix nicht sagen wollen, daß jeder unter allen Umständen nur $\frac{1}{5}$ bekommen solle, sondern nur daß sie insgesammt zum Ganzen nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen berufen seyen, s. Seuffert Archiv Bd. II. H. II. S. 273.

Ganz unbedenklich war dem jus accrescendi einer collegataria auch in folgendem Falle nach l. 10. D. 52. statt zu geben. Das Testament lautete: „Ich vermache den Schwestern Amalie und Mathilde zusammen 1000 Thlr." Mathilde starb vor dem Testator. Das jus accrescendi beruht eigentlich auf dem vermuthlichen Willen des Testators. Hätte er es nicht gewollt, so würde er jeder Schwester 500 Thlr. legirt haben, s. Erk. d. App. Ger. in Dresden 1845, s. Wochenbl. f. Rfälle 1845. S. 268.

Fideicommissaria hereditas.

§. 871. Ueber die Rechte des Fiduciars und Fideicommissars an den Früchten einer, mit einem Universal-Fideicommiß belasteten Erbschaft giebt eine genaue Erörterung der einschlagenden Gesetzstellen folgende Resultate:

I. Alle zur Zeit des Todes des Erblassers, oder vielmehr zur Zeit des Erbschaftsantrittes und zwar nach l. 9. D. 25. 2. schon reifen natürlichen Früchte, sowie fälligen Civilfrüchte l. 58. §. D. 36. 1. gehören zum Capitalstock der dem Fideicommissar zu restituirenden Erbschaft und sind mithin auch dem Abzug der, dem Erben zukommenden Quart unterworfen, l. 27. §. 1. D. 36. 1.

II. In Ansehung der weiteren erwachsenden Früchte und Zinsen kommt es auf die Zeit an, zu welcher der Restitutionspflichtige Erbe in moram versetzt worden ist.

Bevor diese eingetreten ist, welche aber bei einem unbetagten

Digitized by Google

und unbedingten Fideicommiß erst von dem Augenblick an beginnt, da der Fideicommissar sein Recht auf Herausgabe geltend macht *), kann der Erbe die schon reif gewordenen natürlichen Früchte, sowie die in diesem Zeitraum fällig gewordenen bürgerlichen Früchte, Zinsen, Miethgelder u. dergl., welche durch Rechtsgeschäfte des Erben begründet worden sind **), sich aneignen, und braucht auch nicht sich dieselben auf die Quart anrechnen zu lassen. Dazu wird indessen eine Handlung des Erben vorausgesetzt, nämlich bei natürlichen Früchten die Perception, bei bürgerlichen Früchten die Einca[illegible]irung.

Ist aber der Erbe in moram versetzt, so versteht es sich von selbst, daß der Erbe dem Fideicommissar alles leisten muß, was dieser bei zeitiger Restitution hätte an Revenüen gewinnen können ***).

Bei einem, unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung hinterlassenen Fideicommiß kann natürlich der Erbe erst vom Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunkts an in moram verfallen, alle vor demselben anfallende natürlichen und bürgerlichen Früchte gehören ihm vermöge des Willens des Erblassers, wenn nicht dessen Absicht unzweideutig auf Herausgabe der Früchte gerichtet war.

Auch hier wird übrigens vorausgesetzt, daß der Erbe die Früchte percipirt, die Zinsen eingetrieben habe, l. 58. §. 2. cit. Ingleichen ist auch bei einem betagten Fideicommiß die mora nie mit dem Eintritt des dies schon vorhanden. Hoffmann l. c. S. 99 und 102. not. 1.

Ueber die Unveräußerlichkeit eines Fideicommisses entstand in folgendem Falle Streit. A testirte: „mein Rittergut, das ich meinem Geschlecht zu erhalten wünsche, soll meinen Bruderskindern B und C zufallen, und in dem Mannsstamm forterben." Nun will B, der einen Sohn hat, seine Hälfte an C verkaufen, aber das Amt trägt Bedenken, diesen Kauf zu bestätigen, das O. A. Ger. in Jena er-

---

*) Bei Vermächtnissen leidet nämlich der Grundsatz: dies interpellat pro homine keine Anwendung.

**) Also z. B. Zinse von Geldern, die der Erbe selbst aus den Mitteln der Erbschaft ausgeliehen, l. 58. §. 6. D. 36. 1. nicht, wie Donell. Comm. Lib. VII. tit. 36 und nach ihm Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 177 annimmt, auch Zinsen aus ursprünglichen Erbschaftscapitalien, s. hierüber Emil Hoffmann in Linde's Zeitschrift, neue Folge Bd. I. S. 89 ꝛc.

***) Mithin alle Früchte, welche nach der mora in den zur Perception geeigneten Zustand gekommen, und alsdann percipirt worden sind, nicht aber diejenigen, welche vor der mora percipirlich waren, wenn sie gleich erst nach der mora erst wirklich vom Erben percipirt wurden, s. Hoffmann l. c. S. 115.

Digitized by Google

kannte jedoch denselben für zulässig, denn derselbe erscheine als eine innerhalb des Fideicommisses sich bewegende Handlung, durch die von dem Willen des Stifters nicht abgewichen wird. Eine Erbfolgeordnung hat er nicht bestimmt. Es lag ihm nicht daran, das Gut in den Händen gewisser in Voraus determinirter Personen zu wissen; man kann seine Anordnung nicht so deuten, daß jeder Besitzer seinen Antheil unter allen Umständen und in jedem betreffenden Falle auf seine männliche Descendenz forterben soll. Diese Auslegung entspricht am meisten den gemeinrechtlichen Grundsätzen über Familienfideicommisse, wonach ihr Hauptzweck in der Erhaltung der Güter bei der Familie besteht, folgeweise aber die Veräußerung außerhalb der Familie verboten ist. Die Natur solcher Stiftungen und namentlich der fraglichen, welche sich jedenfalls als eine bedingte, mit beschränktem Veräußerungs-Verbot versehene darstellt, bringt es mit sich, daß vorliegender Verkauf eines ideellen Gutsantheils als gültig angesehen werden muß. Von einer Verletzung künftig im Allgemeinen zur Succession Berufener, namentder Descendenten des Verkäufers kann nicht die Rede seyn; denn diesen steht nur unter der Voraussetzung ein wirksames Erbrecht zu, daß das Gut sich wirklich in der Verlassenschaft ihres Vaters befindet, sie können kein Recht auf das Gut geltend machen, wenn es von Jenem erlaubter Weise und der Stiftung nicht zuwider, an eine andere Linie der Familie veräußert ist, s. Emminghaus Pand. d. g. Sächs. Rechts. no. 263. S. 171.

S. 871. Die Frage: ob es zur Aufhebung eines Familienfideicommisses genüge, daß alle diejenigen einwilligen, welche im Augenblick, wo sie geschieht, erzeugt sind, und Ansprüche auf dasselbe haben? ist von den Facultäten in Erlangen und Göttingen, sowie von dem O. A. Ger. in Jena bejahend entschieden worden. Gründe: Das Institut, welches man in Deutschland nach Einführung des römischen Rechts mit dem Namen fideicommissum familiae belegte, ist an die Stelle der altdeutschen Stammgüter getreten, und es sind auf jenes die Grundsätze von diesen anzuwenden. Nun konnte aber bei den Stammgütern, wie aus allen Rechtsurkunden des Mittelalters, die die Sache berühren, erhellt, die Veräußerung „mit der Erben Laub" allerdings statt finden; nirgends kommt eine Spur vor, daß später geborne Kinder den Verkauf angefochten haben, oder eine erfolgte Aufhebung der Stammguts-Eigenschaft für nichtig erklärt worden wäre: Sachsenspiegel B. I. A. 34 u. 52. J. A. ab Hellfeld de fideic. fam. 1747. §. 3. 4. 33. Eben dahin zielt die Analogie der Lehne. Die Nachkommen leiten auch hier ihr Recht vom ersten Erwerber ab; er

Digitized by Google

ist als Stifter eines Stammguts zu betrachten. Man pflegte den Familienstammgütern, um die Anwendung des römischen Rechts auf sie auszuschließen, die Lehnsqualität ausdrücklich beilegen zu lassen. Bei Lehnen wird aber zur Veräußerung mehr nicht, als die Zustimmung des Lehnherrn und der gerade lebenden Agnaten erfordert. Nov. 159. c. 3. spricht im nämlichen Sinn. Auch bei dem Requisit der obrigkeitlichen oder landesherrlichen Bestätigung, welches wohl aufgestellt wird, liegt dieselbe Idee unter, denn hätten die postgeniti ein jus quaesitum, so würde die vor ihrer Geburt ausgewirkte Bestätigung ihnen solches nicht entziehen können. Hellfeld t. c. §. 18. Nach römischem Recht können nach Aufhebung eines Familienfideicommisses Erzeugte keinen Widerspruch gegen jenen Act erheben, l. 120. §. 1. D. 30. — l. 11. C. 6. 42. Nov. 159. c. 3. Auch auf die deutschen Familienfideicommisse muß dies angewendet werden, indem sie altdeutsche Stammgüter darstellen, welche nach Einführung des römischen Rechts zwar manche Modificationen erlitten, keineswegs aber in ihrem Wesen verändert wurden. Eichhorn St. u. R. Gesch. §. 454. 540. 571. Bei ihnen stand Nachgebornen kein Widerruf einer Veräußerung zu. v. Sydow Erbrecht nach d. S. Sp. S. 198 ꝛc. Die Aufstellung eines Vormunds der Nachgebornen ist weder ein zweckmäßiges Auskunftsmittel, noch rechtlich durchführbar, weil ein solcher gar nicht im Stande ist, das Interesse künftiger Pfleglinge zu beurtheilen, s. Emminghaus Pandekten d. g. Sächs. Rechts. S. 172. no. 266.

Durch bloße Wünsche des Testators kann nach einem Ausspruch des O. A. G. in Dresden v. J. 1851 ein Fideicommiß nicht, sondern nur dadurch errichtet werden, daß derselbe die Absicht genügend erklärt, eine rechtliche Verbindlichkeit dem onerato aufzulegen. Auf dieser Voraussetzung beruhen l. 115. l. 118. D. 30. — vgl l. 11. §. 2. D. 32. — l. 41. §. 6. D. 40. 5. — l. 12. C. 7. 4. Westphal v. Vermächtnissen §. 1564. 1566. Die quaestio voluntatis unterliegt der sorgsamen Erwägung des Richters, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 167. S. 873. Fr. 16.

Wenn schon nach Nov. 108. c. 1. der Fiduciar-Erbe, sofern im Testamente nur von dem, was nach seinem Tode übrig seyn werde, die Rede, über ¾ des mit einem Fideicommisse belegten Nachlasses frei disponiren konnte, so leidet doch diese Verfügung auf correspective Testamente, vermöge deren nach deutscher Rechtsgewohnheit auch über das mit dem Nachlaß des Erstgestorbenen in Eine Masse verschmolzene Vermögen des Letztlebenden, sofern dieser die Erbschaft antrat, mit rechtlichem Erfolge disponirt werden kann, und welche nach der Analogie der Erbverträge zu betrachten sind, keine Anwendung, vielmehr berech- S. 874. Fr. 3.

Digitized by Google

tigt hier die, durch Beschränkung der Substitution auf das Uebriggebliebene, dem Letztlebenden gegönnte mehrere Freiheit diesen nur zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarf, nicht zu einer Hinterziehung der vertragsmäßigen Obliegenheit. Ita jud. Scab. Lips. 1824 et confirmavit summus Provocat. Senat. 1825, s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 625. no. 37.

S. 877. Fr. 9. Schulden des Fideicommittenten, — erkannte nach dem Wochenbl. f. Rfälle 1849. S. 257. das A. Ger. Leipzig — müssen beim Mangel anderer Erbschaftsmittel, auf Begehren der Gläubiger, oder des Einen von mehreren Fiduciaren, aus dem Fideicommiß durch Verpfändung oder Verkauf der Substanz in folgender Weise gedeckt werden:

1) Vorausgesetzt wird, daß alle Fideicommissar-Erben, nicht blos Singularsuccessoren sind, l. 1. §. 16. D. 36. 1. l. 13. c. 6. 24., l. 7. c. 4. 16. Hasse im Rhein. Mus. III. S. 505.

2) Die Quellen unterscheiden aber nicht zwischen Hypothek- und persönlichen Schulden, l. 38. pr. D. 32. l. 114. §. 14. D. 30. Wären Fideicommißgüter für jenen Behuf verkauft, so würde l. 65. D. 6. 1. eintreten.

3) Daß ein sog. deutsches Familienfideicommiß (Beseler Erbv. II. S. 75) vorliegt, ändert nichts; denn über die Frage, wie weit der Testator zu disponiren befugt, entscheidet das römische Recht: Philipps deutsches Priv. II. S. 200. Nun muß aber

4) in Abrede gestellt werden, daß der Testator zu einer, dem Obligen widerstreitenden, Anordnung ermächtiget gewesen; der Satz, daß der Erbe zu Befolgung sein eignes Vermögen betreffender Verfügungen verpflichtet sey, beruht blos auf dem von den neuern Systematikern künstlich gebildeten Begriff des sog. Quasicontractes, Hugo civ. Mag. III. S. 351. und kann den Gläubigern nicht präjudiciren.

Donatio mortis causa.

S. 881. Gegenseitige Schenkungen auf den Todesfall können allezeit von Einem der Schenkenden widerrufen werden; die Absicht, einen Erbvertrag zu schließen, fehlt ganz *), da die Betheiligten sich unwiderruflich verpflichten zu wollen, nicht erklärt haben, s. Erk. d. O. A. G. Jena in Emminghaus Pand. S. 625. no. 2.

*) Die Ansicht von Schirach im civil. Arch. Bd. II. no. 31., welcher die Schenkungen auf den Todesfall überhaupt als Erbverträge betrachtet, wurde auch von dem A. G. in Dresden verworfen, s. Emminghaus l. c. no. 4.

Digitized by Google

Wenn es sich im Streit über eine Schenkung darum fragt, ob donatio mortis causa oder inter vivos anzunehmen sey, so entscheiden zwar Sächsische Dicasterien im Zweifel für letztere, sie gestehen aber auch zu, daß sehr genau auf die gebrauchten Worte Rücksicht zu nehmen sey, keineswegs aber die Entscheidung allein von dem Umstande abhängig zu machen sey, daß dabei des Todes des Schenkers Erwähnung geschehen, wie Hommel Obs. 513. behauptet, s. Emminghaus l. c. no. 4. S. 882. Fr. 3.

Die mündliche Erklärung des A gegen B. „Letzterer solle aus seiner, des A Verlassenschaft, 2000 Thlr. erhalten;" fällt unter den Begriff der donat. mortis causa, s. Erk. d. A. G. in Dresden bei Emminghaus l. c.

Einen Vertrag, wodurch Einem eine res singularis auf den Todesfall unwiderruflich übereignet worden, als don. m. c. zu beurtheilen *), würde mit dem Princip in Widerspruch stehen, daß der m. c. donatarius, selbst wenn er acceptirt hat, nie eher, als mit des donatoris Tode ein unwiderrufliches Recht erhält, Kind II. 58. Gerade hierin besteht der charakteristische Unterschied zwischen Schenkung auf den Todesfall und Erbvertrag. Welcher Gattung von Rechtsgeschäften eine Disposition beizuzählen, ist quaestio facti, s. Richter kritische Jahrb. 1837. S. 82.

In Ansehung der formellen Erfordernisse einer m. c. donatio ist unsere Ansicht, daß entweder die Zuziehung von 5 Zeugen, oder gerichtliche Insinuation nöthig sey, vom O. A. G. in Dresden bestätigt, s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1844. S. 356.

Erbverträge.

Daß der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten, auch ohne die nach R. R. erforderlich gewesene Einwilligung desselben S. 889. Fr. 6.

*) Das O. A. G. in Dresden erkannte jedoch i. J. 1848 in dem Falle, da die A dem B 500 Thlr. auf den Fall ihres Todes unwiderruflich geschenkt hatte, eine donatio mortis causa, indem es alles Gewicht auf den Satz „auf den Todesfall" legte, und dabei bemerkte, daß auch donationes m. c. mit Ausschluß des Neuerechts errichtet werden könnten, sobald nur nicht auch der Fall, daß der Schenker den Beschenkten überlebt, als der Gültigkeit unschädlich ausdrücklich bezeichnet wird, s. Emminghaus l. c. S. 638. no. 13. Das O. A. G. Jena s. ebend. S. 638. no. 14. erkannte: eine donatio mortis causa, und nicht eine donatio inter vivos liege, ungeachtet der Entsagung des Widerrufs vor, wenn das Geschäft Schenkung auf den Todesfall genannt ist, und nur das Vermögen, wie es beim Todesfall vorhanden seyn werde, verschenkt, und nicht die Schenkung auch für den Fall, daß der Beschenkte früher als der Schenker stürbe, bestehend erklärt ist, vergl. Mühlenbruch Pand. §. 769.

Digitized by Google

insonderheit eines Verschollenen, in Deutschland gelte, bestätigt ein Erkenntniß des O. A. G. in Stuttgart, s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 211.

Erbverträge zum Besten eines Dritten gewähren demselben erst dann ein Recht, das er klagbar verfolgen kann, wenn entweder er selbst dem Vertrage beigetreten ist, oder wenn die Paciscenten selbst nicht mehr berechtigt sind, den Vertrag aufzuheben; was mit dem Tode des einen oder andern Theils eintritt, Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 637. no. 8.

S. 892. Fr. 10. In dieser Controverse hat das O. A. G. in Celle dahin entschieden: wenn der in einem Erbvertrag ernannte Erbe vor dem Erblasser stirbt, so geht sein vertragsmäßiges Erbrecht nicht auf seine Erben über, wenn nicht in dem Erbvertrag ein Anderes festgesetzt ist, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. Liefer. I. S. 46.

Erbverzicht.

S. 896. Ein gegen ein Aequivalent ausgestellter Erbverzicht unterliegt nicht der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte, denn ein Verzicht auf ein so vielen Zufällen abhängiges Recht ist nicht zur Anwendung einer laesio enormis geeignet. Curtius Handb. §. 836. not. m. Bd. 4. Die Erfordernisse eines gültigen Erbverzichts erörtert umständlich, Fein in d. Forts. d. Glück'schen Commentars Bd. 43. §. 1494.

Digitized by Google

Zum Zweiten Bande.

Zweite Abtheilung.

Das Obligationenrecht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Obligatio alternativa.

Was hier vom alternativ Verpflichteten zu jährlich wiederkehrenden Präſtationen geſagt iſt, gilt natürlich eben ſo vom alternativ Berechtigten. Mit jedem Jahr tritt das Wahlrecht von neuem ein, l. 21. §. 6. D. 19. 1. — l. 138. §. 1. D. 45. 1. — Daher wird auch in Folge 30jährigen Beharrens bei derſelben Alternative, das Recht, ſpäter die andere zu erwählen, nicht durch erlöſchende Verjährung verloren, ſ. Erkennt. d. O. H. G. zu Mannheim in den Jahrbüchern 1841/42. S. 156. S. 21. Fr. 3.

Von Zinſen.

Den Kirchen gilt in Anſehung derſelben gleiches Recht, indem ſie den Minderjährigen gleich geſtellt ſind, und nach der gemeinen deutſchen Kirchenverfaſſung die Verwalter des Vermögens einzelner Kirchen ganz im Verhältniſſe der Vormünder ſtanden, Clement. 2. §. 1. de relig. domibus (3. 2.) Reichspolizei-Ordn. Tit. 22. §. 4. Die Kirche kann daher von dem Abſchluß der ihr gelegten Rechnung an, von dem zur Laſt gelegten Rückſtande gegen den Rechner Zinſen fordern, wenn gleich nicht umgekehrt der Rechner zu Zinſen vom dem ihm herausgeſtellten Guthaben gegen die Kirche berechtiget iſt, ſ. Erk. d. Caſſations- und Reviſionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz. S. 153. S. 40. not. b.

Kaufmänniſche Zinſen. Der Handelsgebrauch, am Ende eines Jahrs, zuweilen ſelbſt eines kürzeren Zeitraums, Abſchlüſſe zu machen, um den Saldo auf neue Rechnung zu übertragen, da er dann ſogleich wieder Zinſen trägt, obgleich er ſelbſt zum Theil aus Zinſen des abgeſchloſſenen Zeitraums beſteht, Souchay Anmerk. zur Frankfurter Reformation. Bd. I. S. 265. iſt — obgleich gegen das Zinſenverbot des R. R., als eine giltige Gewohnheit anerkannt in e. Erk. d. O. A. G. in München, in den Blättern f. Rechtsanw. v. Seuffert u. Glück Bd. VIII. S. 413. Nr. 5., — dagegen das O. A. G. in Dresden, S. 54. Fr. 16.

Digitized by Google

f. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1843. Nr. 3. S. 23. auf den Mangel eines Gesetzes, nach welchem eine solche Handels-Usance als rechtsbeständig anzuerkennen wäre, die verneinende Entscheidung gründet.

S. 55. Fr. 14. Die verbietenden Bestimmungen des röm. Rechts gegen Einklagung von Zinsen, welche die Höhe des Capitals übersteigen, finden in dem Falle keine Anwendung, wenn es sich um Zinsen handelt, welche ein Geschäftsführer oder Mandatar von einem Capitale des Dominus erhoben hat, s. Erk. d. O. A. G. in Celle. Bd. V. S. 19.

Gegen die Annahme eines allgemeinen Verbots der usurae alterum tantum hat auch das K. Würtembergische Obertribunal entschieden, s. Richter Aufsätze ꝛc. S. 239.

S. 66. lit. d. Im Falle, daß der Schuldner eine Zeitlang geringere als die stipulirten Zinsen gezahlt hat, nimmt l. 13. pr. D. 22. 1. u. l. 5. C. 4. 32., wenn dies so fortwährend geschah, ohne daß sich der Schuldner einen Verzug zu Schulden kommen ließ, an, daß in dem Usus ein stillschweigender Vertrag begründet sey, mithin dem Gläubiger oder dessen Erben, welcher auf die stipulationsmäßigen Zinsen zurückgreifen wollte, exc. pacti entgegengesetzt werden könne. In Ansehung der Zeitdauer, nahm das O. A. G. in Dresden, ungeachtet die l. 13. cit. von vielen, die l. 5. cit. aber nur von gewissen Jahren spricht, eine Zeitdauer von 3 Jahren, nach l. 1. C. 6. 42. als genügend an, s. Sächs. Zeitschr. X. S. 196.

Vom Interesse.

S. 79. Fr. 5. Ob der Würderungseid auch noch selbstständig wegen des übrigen Interesses zugelassen werden kann, wenn dem Beklagten manu militari die Hauptsache abgenommen worden ist, wird von Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 394. bejaht. Das restituere, wegen dessen Nichterfolg der Eid deferirt wird, umfaßt, nach der Bemerkung des Verfassers, nach zahlreichen Stellen nicht allein die Heraus- oder Zurückgabe der Hauptsache, oder deren Wiederherstellung, sondern auch die Restitution der Früchte und der omnis causa, l. 20. l. 35. §. 1. D. 6. 1. — l. 16. §. 4. D. 20. 1. — l. 38. §. 1. D. 22. 1. — l. 15. §. 7—11. D. 43. 24. — l. 35. l. 81. l. 246. §. 1. D. 50. 16. So lange diese daher nicht ebenfalls so vollständig restituirt sind, ist der Beklagte, es sey contumacia oder sonst dolo malo vel culpa lata, dem Restitutionsbefehle des Richters nicht vollständig nachgekommen; es ist daher durchaus consequent, den Kläger auch wegen der Nebenpunkte zur Selbstschätzung zu lassen. Entgegengesetzter Meinung war gleichwohl die Facultät Erlangen und das O.

Digitized by Google

A. G. in Zerbst aus dem Grunde, weil alle allegirten Gesetzesstellen Fälle bezeichneten, wo es auf Restitution auch einer Hauptsache ankommt, s. Nehrhoff Archiv I. S. 329.

Correalverbindlichkeit.

Drei Besitzer eines Ritterguts klagten wegen eines zu diesem ge- S. 90.
hörigen Zehentrechts; es wurde ihnen der Eid referirt, und es war rechtskräftig ausgesprochen, daß sie solchen zu leisten haben. Zwei von ihnen leisteten auch den Eid, der dritte jedoch erklärte, daß er solchen nicht leisten könne, weil er von der Sache keine Wissenschaft habe. Das O. A. G. in München erkannte, daß schon die Eidesleistung der beiden ersten genüge, denn es handle sich hier von einem untheilbaren Gegenstande, wo schon Einer der Berechtigten vollgültig für die Andern handeln konnte, l. 28. §. 3. D. 12. 2. ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit: Alteri quoque prodesse debet.

Cession.

Das Verbot der cessio in potentiorem ist in Ländern, wo grund- S. 100.
gesetzlich die Gleichheit vor dem Gesetze für jeden garantirt ist, nicht Fr. 4. lit. 6.
mehr anwendbar, s. Erk. d. O. A. G. in München, in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 351., vgl. Seuffert Pand. §. 299. not. 1. Aufl. II.

Das Verbot der Veräußerung einer in Streit befan- S. 118.
genen Sache, wird, gleichwie wir S. 119. not. † bereits von Fr. 3.
Würtembergischen Gerichten angeführt haben, auch von dem O. A. G. vgl. Bd. I.
in Cassel, s. Strippelman Samml. Th. V. Abth. 2. S. 421. und S. 201.
432. nur mit Beschränkung auf solche Fälle, wo aus der Veräußerung lit. b. u. Bd. II.
ein Nachtheil für den Gegner des Erwerbers sich ergeben würde, als Abth. I.
h. z. T. noch anwendbar erachtet. — Diese Entscheidungen schöpfen S. 383. not. *)
aus dem Wesen des Gesetzes, dagegen ein in Seufferts Archiv Bd. V. S. 15. angeführtes Erkenntniß des O. A. G. in Lübeck bei den Worten stehen bleibt, und ein allgemein lautendes Verbot auch allgemein angewendet wissen will, unbekümmert um Ursprung und Bedeutung des Gesetzes. Auf keinen Fall kann das Verbot der l. 2. C. 8. 37., da es bloß beabsichtigt, den Eintritt von anderen Personen in den Proceß an der Stelle des actor zu verhindern, dann anwendbar seyn, wenn ein Mitkläger seinen Antheil an dem geltend gemachten Anspruch an einen Streitgenossen abtritt, s. Strippelmann l. c.

Nach Erkenntnissen der O. A. G. in Lübeck und Celle, s. Seuf- ferts Archiv Bd. V. 13. findet das Verbot der cessio rei litigiosae

Digitized by Google

insbesondere dann nicht Anwendung, wenn nicht der streitige Anspruch allein, sondern das ganze Object, rücksichtlich dessen er verfolgt war, und als dessen Zubehörung er angesehen werden muß, Gegenstand des Verkaufs und der Uebertragung gewesen ist, arg. l. 2. §. 8. D. 18. 4.

S. 122. Fr. 4. 5. Die Frage über Cessibilität zweiseitiger Verträge ist neuerlich auch durch Plenarbeschluß des geh. Obertribunals in Berlin aus Erwägungen, welche dem gemeinen eben so wie dem Preuß. Recht entsprechen, dahin entschieden worden: daß auch die Rechte aus einem Kauf oder Lieferungsvertrag von dem einen Contrahenten, ohne Zuziehung und Genehmigung des andern, an einen Dritten mit der Wirkung abgetreten werden können, daß derselbe gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeiten des Cedenten die Erfüllung des Vertrags von Seiten des andern Contrahenten zu verlangen und darauf zu klagen berechtigt ist. Justizministerialblatt f. d. Preuß. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Jahrg. VIII. Nr. 7. Immer wird vorausgesetzt, daß die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Andern nicht erschwert wird.

S. 126. Fr. 6. Cession der Connossemente. Daß durch Uebermachung des Connossements die Waare selbst als übertragen an den Addressaten erscheint, ist, obwohl Thöl im Handelsrecht S. 254. die gemeinrechtliche Gültigkeit dieser Gewohnheit aus römischem Recht ohne Noth bezweifelt,*) in der Handelswelt allgemein angenommen, s. Mittermaier d. Privatr. §. 565. (511.) Daß sie als eine symbolische Uebergabe zwischen Käufer und Verkäufer gelte, ist demnach nicht zu bestreiten. Ob aber dieselbe einem Dritten gegenüber, welcher sich in den Besitz der Sache auf eine fehlerfreie Weise gesetzt hat, ein dingliches Recht gewähre, kann nach einem Ausspruch des O. A. G. in Dresden v. J. 1846. nur davon abhängen, von wem der Schiffer beauftragt war, ob von dem Absender oder Empfänger? Im ersten Fall geht das Eigenthum der Waare erst mit deren Ablieferung, im letzteren dagegen mit der Verladung auf den Käufer über, Gesterding alte und neue Irrthümer Nr. VII. S. 221. Wochenbl. f. Rfälle 1846. Nr. 15. Das Preußische Landrecht weist übrigens noch auf einen anderen bedeutenden Umstand hin, indem es Th. I. Tit. 7. §. 64. verordnet: „auch muß

*) Im Gegentheil erkennt das O. A. G. in Rostock in diesem Brauch eine Besitzübertragung nach Art des constitutum possessorium, indem der Absender, die Verladung besorgend, und mit dem Schiffer für den Käufer contrahirend, in der Eigenschaft einer Mittelsperson des Letztern erscheine, und hierbei seinen bisher in eigenem Namen gehabten Besitz für den Käufer verändere, s. Seufferts Archiv Bd. I. H. I. S. 11.

Digitized by Google

die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit seyn, daß der körperlichen Besitznahme ferner nichts im Weg steht." In dieser Hinsicht wird es zweifelhaft, ob die kaufmännische Usance, welche sich im Seerecht in Bezug auf die Bedeutung der Conossemente gebildet hat, auf die Flußschifffahrt Anwendung leiden könne? Denn die faktischen Bedingungen des körperlichen Besitzes sind in beiden Hinsichten verschieden. Der Schiffer, welcher einmal mit seiner Ladung die See gewonnen hat, kann, wenn nicht Unglücksfälle eintreten, schwerlich verhindert werden, in dem bestimmten Hafen, und an denjenigen, welcher sich durch Vorzeigung des Conossements als rechtmäßiger Empfänger legitimirt, abzuliefern. Der Flußschiffer aber kann, bei den sonst vorhandenen schnellen und sicheren Communicationsmitteln, eben so, wie der Landfuhrmann noch an jedem Ort seines Transports erreicht, angehalten, und die Ladung für Rechnung dritter Personen, welche Ansprüche daran machen, mit Beschlag belegt werden.

Bei der certioratio des debitor cessus kommt Alles darauf an, ob letzterer eine juridisch glaubwürdige Nachricht empfängt. Daß er bona fide an den Cedens zahlte, kann immer nur so lang vermuthet werden, bis ihm von dem Cessionario das Gegentheil nachgewiesen wird, s. Wochenbl. f. Rfälle 1846. S. 161. S. 128. Fr. 1.

In einem Falle, wo der cessus dem cedens, der wider ihn klagte, die Sachlegitimation mit Berufung auf eine Cession bestritt, erkannte das O. A. G. in Jena 1852: „Zwar würde nach der Lehre bei Mühlenbruch Cession S. 480. Ed. 2. Sintenis Civilr. II. S. 821. diese Entgegnung zu ihrem Rechtsbestand, nämlich damit des cessi Verhältniß zum cedens gelöst würde, noch erfordern, daß vom cessionario die Denunciation an den Schuldner erfolgt sey. Allein dafür, daß auch schon anderweit erlangte Kenntniß von der Cession den cessus dem klagenden Cedenten gegenüber zur exc. doli berechtigt, spricht l. 17. D. 2. 15. in so ferne, als dort die Gültigkeit eines von dem Cedenten nach der Cession mit dem Schuldner geschlossenen Vergleichs, und die Befugniß des Schuldners zur Vorschützung der Einrede des Vergleichs gegen den klagenden Cessionar lediglich auf die ignorantia debitoris gestützt wird."

Daß der Klage aus einer cedirten Forderung die Einrede der Compensation aus Forderungen, welche dem Beklagten gegen den Cedenten schon vor der Insinuation der Cession zustanden, entgegengesetzt werden kann, ist außer Zweifel. Wie aber, wenn nun der Kläger replicando die Gegencompensation mit anderen Forderungen des Cedenten gegen den Beklagten, welche gleichfalls in der früheren Zeit ent- S. 131.

Digitized by Google

ſtanden ſind, vorſchützt? Es ſcheint, daß dieß nicht ſtatt finde, weil dieſe anderen Forderungen nicht an den gegenwärtigen Kläger cedirt worden ſind. Das G. H. Badenſche O. H. Gericht erkannte jedoch dieſe Gegencompenſation für zuläſſig. Weil nämlich der Kläger als Rechtsnachfolger des Cedenten in Bezug auf die eingeklagte Forderung als eine und dieſelbe Perſon mit Letzterem rechtlich zu betrachten iſt, auch in dieſer Eigenſchaft ſich alle Einreden gefallen laſſen muß, welche dem Cedenten ſelbſt entgegengeſetzt werden könnten, ſoferne ſolche nur aus der Zeit vor erfolgter Bekanntmachung der Ceſſion herrühren, ſo muß derſelbe in gleicher Weiſe befugt ſeyn, für den Betrag der cedirten Forderung von allen älteren Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen, welche dem Cedenten ſelbſt, in deſſen Rechte er in ſo weit eingetreten iſt, gegenüber von dem überwieſenen Schuldner zu Gebote ſtehen. Es muß ihm daher geſtattet ſeyn, die Einrede der Compenſation durch die Nachweiſung zu beſeitigen, daß die compensando geltend gemachten Forderungen längſt aufgehört haben, zu exiſtiren, weil ſie durch andere Gegenforderungen des Cedenten aufgehoben waren, ſ. Jahrb. d. Badenſch. O. H. G. 1843/44. S. 41.

S. 133. Fr. 8. Indem wir über die Frage: ob der Ceſſionar auch auf eine Widerklage aus der Perſon des *debitoris cessi* ſich einlaſſen müſſe? der von Mühlenbruch und Puchta aufgeſtellten Meinung gefolgt ſind, ſo wird vom praktiſchen Standpunkt aus, wenigſtens gegen Puchta's Anſicht, ſ. auch deſſen Pand.-Vorleſungen Bd. II. §. 284. „Nur wenn der Ceſſionar die Schuld des Cedenten mit übernommen hat, oder wenn der Anſpruch, welcher gegen ihn erhoben wird, auch als Compenſation denkbar iſt, iſt die Geltendmachung dieſes Anſpruchs gegen den Ceſſionar auch in der Form der Widerklage ſtatthaft;“ ſchwerlich eine Einwendung erhoben werden. In der Preuß. Proceßordnung*) iſt eine ähnliche Norm gegeben, und da, wo man, wie in der franzöſiſchen Procedurordnung geſchehen, bei dem Princip der l. 14. C. 7. 45., wonach die Gegenklage nur als ex eodem negotio fließend gedacht wird, genau ſtehen geblieben iſt, oder wo, wie in der Weſtphäliſchen Proceßordn. Art. 274. die Wiederklage nur da zugelaſſen iſt, wo ſie durch den nämlichen Vorgang, wie die Hauptklage oder durch dieſe ſelbſt begründet iſt, oder, wenn die Partheien in Handels-

*) Th. I. Tit. 19. §. 19. „Gegen einen Kläger, welcher als Ceſſionarius eines Dritten klagt, kann der Beklagte wegen Forderungen, ſo ihm gegen dieſen Dritten als Cedenten aus einem anderen Geſchäfte zuſtehen, keine Reconvention anſtellen.

Digitized by Google

verbindungen stehen, oder endlich da, wo wie in dem Bayerischen Cod. Jud. Cap. VIII. geschehen ist, wenigstens gegen Inländer die Reconvention überhaupt durch Connexität der Sachen bedingt ist, läßt sich ohnedies keine Einwendung dagegen denken. Der deutsche gemeine Proceß hat aber die Reconvention über die natürlichen Gränzen der contraria actio und der judicia duplicia, sowie auch über die gesetzlichen Schranken der Compensation hinaus erstreckt, und nöthigt den Kläger, dem als Widerkläger sich ihm gegenüber stellenden Beklagten über einen jeden Gegenstand, wenn er auch mit der Vorklage nicht in dem mindesten Zusammenhange steht, vor einem Richter zu Recht zu stehen, welcher rücksichtlich seiner Person nicht competent ist.

Wer nun unter der Herrschaft einer solchen Proceßordnung behaupten wollte, daß der Cessionar sich auf was immer für eine Widerklage, welche der debitor cessus gegen den Cedenten geltend machen will, einlassen müsse, würde offenbar eine ganz unnatürliche, allen Verkehr mit Forderungen gänzlich lähmende Anforderung stellen.

Gleichwohl ist diese Behauptung neuerlich aufgestellt, und mit solchen Gründen vertheidigt worden, daß auf römisch rechtlichem Standpunkt schwer dagegen aufzukommen scheint, siehe eine academische Schrift von Backe interpr. jur. Rom. Cap. III. ubi quaeritur: quatenus in mutua debitoris actione defendere creditorem teneatur procurator in rem suam factus, und Sartorius die Lehre von der Widerklage §. 18. u. 19. An der Spitze steht der Grundsatz: Forderungen von Gläubigern können zwar an andere Personen überlassen werden, ohne daß der Schuldner seine Zustimmung giebt, aber auch ohne daß er seine ursprüngliche Stellung verliert.

Die Obligation ist ein rechtliches Band, durch welches der Schuldner nothwendig bestrickt wird, und dieses Band inhärirt der Person des Andern, wie schon die Glosse v. Nulla l. C. per quas personas (4. 27.) sagt: personalia jura i. personales actiones non ita adquiri per alterum, ut realia i. rerum, ut rei vendicatio i. dominium vel possessio: et est ratio, quod personalia scilicet jura et actiones magis sunt ossibus obligantis infixa.

Der Gläubiger kann zwar entweder selbst klagen, oder durch einen Andern klagen lassen, aber das Recht der Obligation (den Anspruch auf die Causalität eines andern Menschen) darf er ohne des Schuldners Einwilligung nicht übertragen. Wenn also jemand eine Obligation ohne des Schuldners Einwilligung veräußern will, so muß es so geschehen, daß er selbst Gläubiger bleibt, und die Obligation nicht aus ihrer Lage verrückt, sondern ihren ursprünglichen Personen fortwährend

Digitized by Google

inhärirend, einem Andern erworben wird. Hieraus folgt, daß bei einer Obligation, deren Klage der Gläubiger cedirt hat, der Cedent nichts desto weniger nach Recht und Billigkeit, fortwährend für den wahren Gläubiger zu halten sey, und daß dem Cessionar die Obligation nur in gewissem Maaße angeeignet werde, indem er nämlich rücksichtlich derselben den Nutzen und die Dispositionsbefugniß erlangt.

Die speciellen Gesetze, aus welchen man gewöhnlich die Entscheidung unserer Frage zu schöpfen pflegt, sind l. 33. §. 3 — 5. l. 34. l. 70. D. 3. 3. Da heißt es im §. 4. Aequum Praetori visum est, eum qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere. Nach §. 5. soll dies nicht allein vom procurator in rem alienam, sondern auch vom procurator in rem suam (folglich auch vom Cessionar) gelten, jedoch mit der Einschränkung: nisi forte ex *necessitate* (procurator in rem suam) fuerit factus; und die unmittelbar darauf folgende l. 34., welche Beispielsweise den Fall eines Erbschaftskäufers als eines solchen aufstellt, welcher die actio mandata ex necessitate ausübt,*) sagt weiter über dieselbe Frage: an debeat invicem venditorem defendere? placet, si bona fide et non in fraudem**) eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, *non oportere* eum invicem defendere.

Hienach wird behauptet, die römischen Gesetze unterwerfen den procurator in rem suam in der Regel eben so wohl als den procurator in rem alienam der Verbindlichkeit, auf die Widerklage des verklagten Schuldners zu Recht zu stehen, und von dieser Regel gelten nur die zwei so eben bemerkten Ausnahmsfälle.

Aber ist es denn nicht schlechterdings ein Mißgriff, dem Ulpian und Gajus in dem Wort defendere geradezu das Institut der Wider-

*) Der Erbschaftskäufer wollte nämlich keine Klage, sondern eine Erbschaft kaufen, er wird daher unwillkührlich in die Nothwendigkeit zu klagen, versetzt, etsi ab initio hereditatem sua voluntate emit, non ulla necessitate cogente, tamen postquam emit, transit illi res in necessitatem actionum exercendarum, nisi velit earum commodum et una cum hoc etiam pretium hereditatis sibi perire. Donell. Comm. Lib. 18. §. 14. Glück P. R. Bd. V. S. 76. Ein Anderes ist es, wenn Jemand eine Forderung legatweise erhält, denn die Annahme des Legats ist eine Sache seiner freien Willkühr, mit der Annahme desselben ist aber die Vertheidigung des Erben, von welchem ihm die Forderung übertragen ist, nothwendig verbunden, l. 70. D. 3. 3. Donell. l. c.

**) Was bei einem simulirten Verkauf der Erbschaft der Fall wäre, durch welchen der eigentliche Erbschaftsbesitzer nur einen andern vorschiebt, um nicht der Widerklage dessen, welchen er in Anspruch nehmen könnte, ausgesetzt zu seyn.

Digitized by Google

klage, wie es der deutsche gemeine Proceß geboren hat, unterschieben zu wollen, da doch das ältere römische Recht in den mutuis petitionibus nie andere verstanden hat, als welche ex eodem negotio fließen? s. Glück P. R. Bd. III. S. 97. Ist es nicht also dem Sinn dieser Gesetze ganz entgegen, wenn man dabei über die Gränzen der Compensation hinausschreiten will? Die Wiederklage bezweckt eine Verurtheilung des Schuldners, und in dieser Eigenschaft vertritt der Cessionar den Cedenten nicht, Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. S. 825.

Hinsichtlich der Gewährleistung, zu welcher der Cedent einer S. 138. Forderung dem Cessionar gesetzlich verbunden ist, hat ein neuerer Schriftsteller über diese Materie, Schliemann in s. gekrönten Preisschrift über die Haftung des Cedenten Ed. II. 1850. sich eine eigene Bahn gebrochen. Er findet die bisher gewöhnliche Unterscheidung zwischen veritas und bonitas nominis nicht brauchbar für seinen Zweck, denn der Begriff von veritas nominis lasse sich nicht wohl objectiv, d. i. unabhängig von den Verebungen der Partheien fixiren. Da es aber in den Fällen, wo keine besondere Vereinbarung vorliegt, nur auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Cedenten ankommt, so sey eine Unterscheidung nicht zu benützen, welche uns in die Verebungen der Partheien hineinführen würde. — Der Verf. bemerkt, daß die Fälle, wenn der Cessionar vom debitor cessus gar nichts, oder nur theilweise Befriedigung erlangen kann, sich auf zwei Hauptclassen zurückführen lassen; entweder nämlich steht ein juristisches Hinderniß der Realisirung der cedirten Forderung entgegen, oder der Grund liegt in einem faktischen Hinderniß. Das Erste ist der Fall, wenn der debitor cessus den gerichtlich geltend gemachten Anspruch des Cessionars zurückschlagen kann, sey es, daß er die Existenz der Forderung in Abrede zu stellen vermag, entweder weil sie nie zur Existenz gelangte, oder ipso jure erloschen ist, sey es, daß er eine exceptio im römischen Sinn der Forderung entgegen zu setzen im Stande ist. Das zweite; wenn der debitor cessus sich an einen Ort begeben hat, wo er nicht gerichtlich zu belangen ist, oder wenn von ihm wegen Insolvenz nichts zu erhalten steht.

Die Frage stellt sich demnach dahin: wann haftet der Cedent gar nicht, wann für die juristische, wann auch für die faktische Realisirbarkeit der cedirten Forderung? — Abgesehen von den Modificationen der Haftung durch Privatdisposition und dolus, kommt es hiebei lediglich auf die causa cessionis an, denn nicht in der Cession selbst, sondern nur in dem Rechtsgeschäft, welches der Cession zum Grunde liegt, kann eine Verbindlichkeit zur Gewährleistung liegen. Dem zufolge theilt der

Digitized by Google

Verf. alle möglichen Fälle der Cession nach den verschiedenen Gründen derselben in bestimmte Classen ab.

Indem hier nicht der Raum gegeben ist, die Durchführung des angenommenen Systems in allen besonderen Beziehungen zu verfolgen, begnügen wir uns, einige Punkte der Meinungsverschiedenheiten bemerklich zu machen. *)

Der sehr gewöhnlichen Meinung, s. z. B. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. II. S. 75., daß, im Fall eine Forderung dotis nomine cedirt sei, der Cedent dem Cessionar (Ehemann) für die faktische Güte der Forderung schlechterdings hafte, erklärt der Verf. übereinstimmend mit Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 654. u. Fritz Erl. zu Wening-Ingenheim für falsch, unter specifischer Aufzählung der Verschiedenheit der Fälle S. 76. u. 78. not. 91.

S. 140. Fr. 2. Ueber die Haftung des Cedenten bei der in solutum datio macht der Verf., abgesehen von dem in der Nov. 4. c. 3. bezeichneten Fall folgenden Unterschied: entweder giebt die unterliegende Beredung dem Schuldner nur ein Recht, eine Forderung als Zahlung der Schuld zu cediren, oder der Schuldner wird hierzu nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet. Bei der ersten Art haftet der Cedent für die faktische Realisirbarkeit der Forderung, bei der zweiten, in welcher das Verhältniß als Kaufcontrakt aufzufassen ist, haftet er für die juristische Realisirbarkeit. S. 54. u. 77.

S. 142. Fr. 4. Die Meinung Mühlenbruchs in der Lehre v. d. Cession S. 627., der Cedent hafte nicht wegen eines temporären Hindernisses der Exigibilität der Forderung, wenn z. B. der Schuldner einen Specialindult erhalten hat, oder die Schuld erst nach Ablauf einer gewissen Zeit fällig ist, wird vom Verf. S. 71. nicht gebilligt. Wenn man auch darüber zweifeln dürfte, ob die in der l. 4. u. 5. D. 18. 4. enthaltene Bestimmung dessen, was der venditor nominis zu prästiren hat, nämlich debitorem esse, — *sine exceptione* quoque, ungeachtet der Allgemeinheit des Ausdrucks, nicht doch blos von peremptorischen Exceptionen zu verstehen seyn dürfte, so scheint doch die Analogie von Eviction körperlicher Sachen dafür zu sprechen. Wird nämlich eine Forderung zum Theil per exceptionem entkräftet, so ist dies dem Fall analog, wenn von einer res corporalis ein reeller Theil evincirt wird; hat die cedirte Forderung einen Mangel, durch welchen der Cessionar um den Genuß des cedirten Rechts eine Zeit lang kommt, so ist der

*) Dergleichen finden sich auch im Supplement zum Bd. I. S. 522. Fr. 17. pto. evict. dotis.

Digitized by Google

Fall eben so anzusehen, wie der Verkäufer einer res corporalis dem Käufer haften muß, si ususfructus evincitur, l. 15. §. 1. D. 21. 2.

Zweckmäßiger scheint es, zum Beweis der Sachlegitimation des Cessionars den Cedenten zur Recognition der Cessionsurkunde vorladen, oder wenn eine solche nicht vorhanden wäre, den Cedenten über die Thatsache der Cession abhören zu lassen. S. 143. Fr. 1.

Eben so wird auch ein vor Gericht abzulegendes Bekenntniß des Cedenten über den erhaltenen Betrag der Forderung zum Beweis der Sachlegitimation des Cessionars genügen, und dagegen nicht einzuwenden seyn, daß ein förmlicher Zeugenbeweis durch zwei Zeugen erforderlich sey, s. Ortloff ꝛc. jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle. Bd. I. S. 81. u. das dort angeführte Erkenntniß des O. A. G. in Jena.

Anastasiana lex.

Daß die lex Anastasiana nicht auf den Kauf einer Erbschaft Anwendung leidet, bestätigt ein Erk. d. O. A. G. in München, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 48. der Ergänzungsbl. S. 147. Fr. 1.

Der Einwand aus dem Anastasischen Gesetze kann dem klagenden Cessionar von dem Schuldner auch bezüglich einer vorausgegangenen Cession entgegengesetzt werden, l. c. S. 384. Seufferts Archiv Bd. II. Nr. 31.

Zwei Erkenntnisse d. O. A. G. in München, s. Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 34. u. Bd. XVII. S. 351. bestätigen die gegen Arnolds Meinung von uns angenommene Entscheidung, indem es l. c. heißt: „auch in Bezug auf den Erwerb des ersten Cessionars kann gegen den zweiten die zufolge der lex Anastasiana eingetretene Verminderung des Forderungsbetrages geltend gemacht werden, wenn zwischen dem ersten Cessionar und dem Schuldner nichts vorgekommen ist, was sich als Verzichtleistung auf den fraglichen Einwand darstellt.“ Es wird dabei bemerkt, daß selbst in dem Falle, wenn jemand eine um 2000 Fl. erkaufte Forderung für den geringeren Preis von 1500 Fl. wieder an einen Andern abgetreten hat, und solche sich um den nämlichen Preis in der Folge wieder zurückcediren läßt, dahin zu entscheiden wäre, daß der erste Cessionar, wenn er nunmehr Klage erhebt, von dem Schuldner, sofern dieser anders von der weiteren Cession und Rückcession Kenntniß besitzt, nicht mehr die ursprünglich gezahlten 2000 Fl., sondern nur 1500 Fl. verlangen kann, weil durch die weitere S. 150. Fr. 3.

Digitized by Google

Cession der Mehrbetrag von 500 Fl. zu Gunsten des Schuldners ipso facto erloschen ist.

S. 153. Die hier angenommene Meinung, daß zum Beweis der vom Cessionär bezahlten Valuta genüge, wenn der Cessionar denselben auf ein anerkanntes Document oder auf ein der Form nach gültiges Geschäft gründet, aus welchem hervorgeht, daß er den vollen Werth bezahlt habe, wird bestätigt durch einen Plenarbeschluß d. O. A. G. in München, s. Emminghaus Corp jur. Germ. S. 945. II. Aufl., ingleichen des O. A. G. in Wolfenbüttel, s. juristisches Magazin von Scholz ꝛc. Bd. II. S. 330.

Verbindlichkeit zur Zahlung.

S. 162. Fr. 8. Wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, dem Gläubiger, „wann er das Geld vonnöthen habe," die Zurückzahlung zu leisten, so ist diese von Verhältnissen abhängig gemacht, deren Eintritt in dem subjectiven Ermessen des Darleihers liegt, und somit die richterliche Prüfung des Vorhandenseyns dieser Umstände ausschließt. Der Kläger braucht daher weder in der Klage anzuführen, warum und wozu er das Geld brauche, noch weniger einen Beweis darüber zu führen, s. Erk. des O. A. G. in München, in Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 160.

Die Stipulation: „die Zahlung in beliebigen Jahreszielen zu leisten," ist von der Art, daß die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten überlassen ist, denn es hing doch ganz von ihm ab, durch die kleinsten Raten die vollständige Erfüllung ungemessen hinauszuschieben. In solchen Fällen, da die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten überlassen ist, kann der Gläubiger wenigstens mit dem Todestage des Schuldners die Erfüllung verlangen, l. 4. D. 19. 2. — l. 11. §. 6. D. de legat. III. (32.) Erk. d. O. Tr. zu Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. III. H. 2. S. 176.

Wenn die Zeitbestimmung dahin geht: daß eine Handlung innerhalb 8 Tagen erfolgen solle; so wird darunter der Zeitraum einer Woche, als dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß verstanden, s. Erk. d. O. A. G. in Cassel in Strippelmanns Samml. Th. V. S. 414.

S. 171. Fr. 13. Daß der bloße Besitz des Schuldscheins die Rechtsvermuthung nicht begründe, s. Gengler im Archiv f. civ. Praxis Bd. I. S. 34. Bd. IV. S. 302. und ein Präjudiz des O. A. G. in München, s. Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. Nr. 202.

Digitized by Google

Quittungen.

Der Praxis, welche die c. 3. de apochis publicis (10. 22.) S. 172.
auch auf Privatquittungen für anwendbar erachtet, folgt ein Ausspruch Fr. 15.
des O. A. G. in Jena, s. Ortloff ꝛc. juriſt. Abhandl. u. Rechtsfälle
Bd. I. S. 610.

Hinſichtlich der Streitfrage: ob, wenn auf Erfüllung des Ver- S. 175.
trags geklagt iſt, und der Beklagte den Vertrag geſchloſſen zu haben Fr. 20.
geſteht, dabei aber behauptet, ſich nur unter einer unerfüllt gebliebenen
Bedingung verbindlich gemacht zu haben, der Kläger die Unbedingtheit
des Vertrags, oder Beklagter die behauptete Bedingung zu beweiſen
habe, haben wir derjenigen Meinung den Vorzug gegeben, welche die
Beweislaſt dem Kläger zuwälzt. In einem etwas modificirten Fall,
da nämlich die Behauptung des Beklagten auf eine Suspenſivbedingung
gerichtet war, baut Kuntze in d. Sächſ. Zeitſchr. XI. S. 203. die ent-
gegengeſetzte Meinung, daß dem Beklagten der Beweis der Bedingung
obliege, darauf, daß in dieſem Falle der Vertrag zugegeben, und
blos die Negation der jetzigen Exiſtenz einer obligatio ange-
fügt ſey; ähnlich (Wunderlich) Rechtsſprüche der Facultät Roſtock
1846. S. 1.

Datio in solutum.

Manche Rechtsgelehrte erfordern zur Begründung dieſer Rechtswohl- S. 178.
that, daß der Schuldner ſeine Sachen bereits vergeblich feil geboten habe. not. *)
Die einſchlagende Geſetzſtelle Nov. 4. c. 3. §. 1. lautet: si enim idoneus non
sit pecuniarum debitor, nec ullus emtor sit, nihil aliud facturus erat,
quam propriis bonis cedere. Hier wird aber nichts anders gefordert, als
daß der Schuldner außerdem bonis cediren müßte, wovon das Feilbie-
ten ſeiner Sachen nur eine Folge iſt, jenes ſcheint demnach zu genügen,
ſ. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 885. Indeſſen,
wenn bei der datio in solutum die Reihe an die Immobilien kommt,
muß der Schuldner ſolche doch zum Verkauf bringen, und denjenigen
Käufer annehmen, welchen ihm der Gläubiger verſchafft, wenn derſelbe
ein annehmliches Gebot legt. Iſt kein ſolcher Käufer zu finden, ſo
werden ſämmtliche Grundſtücke gerichtlich taxirt, und hierauf dem Gläu-
biger nach deſſen eigener Auswahl ſo viele derſelben, als nach der
Taxation zur Deckung der Schuldforderung nöthig ſind, überlaſſen.
Nur der Gläubiger einer frommen Stiftung hat dieſe Wahl nicht.
Nov. 120. c. 6. cf. Nov. 4. c. 3. Heimbach l. c. S. 886.

Bei der datio in solutum trägt der Schuldner die Gefahr be-
züglich des Gegenſtands, über deſſen Hingabe ſich vereinigt worden,

Digitized by Google

bis zur Ablieferung an den Gläubiger. Der Zahler hat in der Regel auf seine Gefahr und Kosten in des Gläubigers Haus das Geld zu schaffen, l. 45. pr. D. 46. 3. Auch nach der Abrede der datio in solutum steht es dem Gläubiger frei, noch baar zu bezahlen, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1846. S. 189. mit der Anführung e. Erk. d. A. G. in Dresden v. J. 1844.

Moratorium.

S. 196. Fr. 9. Daß dem, welcher einen Anstandsbrief erhielt, die Einrede der Compensation sowohl wegen einer vor, als einer nach dem Anstandsbriefe fällig gewordenen Forderung entgegengesetzt werden könne, hat nun auch Thibaut im System ꝛc. §. 607. S. 506. Ed. IX. unter Widerrufung seiner in der VIII. Ausgabe §. 677. S. 198. aufgestellten und von uns angeführten Meinung eingeräumt, s. auch Krug v. d. Compensation §. 39., vgl. Hartter in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 143.

Rechtswohlthat der Competenz.

S. 200. Fr. 1. Communio incidens gewährt keinen Anspruch auf Competenz, s. Brinkmann wissenschaftliche Rechtskunde Bd. I. S. 165., vgl. Bd. II. Abth. I. S. 173. Fr. 11.

S. 201. Fr. 2. Auch nach getrennter Ehe steht den Ehegatten unter sich die Rechtswohlthat der Competenz zu. Dies ist gegen die verneinende Meinung Heimbachs im Rechtslexikon Bd. I. S. 882., theils aus der l. 20. D. de re judicata (42. 1.) abzunehmen, indem sie da gegen die dotis actio eingeräumt ist, welche doch regelmäßig erst nach geendigter Ehe stattfindet, s. Glück P. K. Bd. XXVII. S. 352. — theils mittelst des argumenti a contrario, denn indem in l. 21. §. 6. D. de act. rer. amot. (25. 2.) und l. 52. D. de re jud. (42. 1.) dem Ehegatten nach geschiedener Ehe das benef. compet. bei der act. rerum amotarum blos darum abgesprochen wird, weil bei Delictsklagen der Beklagte sich nicht auf die Rechtswohlthat der Competenz berufen kann, so folgt von selbst, daß bei allen anderen Klagen, welche nicht Delictsklagen sind, diese Rechtswohlthat auch nach getrennter Ehe stattfinde, s. Feust in den Blättern f. Rechtsanw. von Seuffert und Glück Bd. XII. S. 401., vgl. Bd. II. S. 301. In dieser Beziehung machen die Gesetze keinen Unterschied, während sie gleichwohl in einem anderen Fall, nämlich bei dem, dem Schwiegervater wegen der versprochenen dos gegen den klagenden Schwiegersohn ertheilten benef. comp. dasselbe ausdrücklich auf die Dauer der Ehe limitiren, l. 21.

Digitized by Google

l. 22. pr. D. 42. 1. Wäre es unter Ehegatten blos auf die Dauer beschränkt, so würde es überhaupt kaum Anwendung finden können, da Eheleute nicht leicht in die Lage kommen, dasselbe gebrauchen zu können.

Geschwister können das benef. comp. unter einander nach der heutigen Praxis beanspruchen, welche sich darauf stützt, daß das Verhältniß der Geschwister dem der Gesellschafter, welche sie unstreitig genießen, in l. 63. pr. D. 17. 2. gleich gestellt, nämlich die Genossenschaft als ein brüderliches Verhältniß bezeichnet ist.

Auch Heimbach im Rechtslexikon Bd. I. S. 880. erhebt es zu einem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige, welchem die Gesetze die Rechtswohlthat der Competenz verleihen, ihr nicht rechtsgültig entsagen könne, allein die l. 14. §. 1. D. 24. 3. findet ein solches pactum renunciativum den guten Sitten nur in dem besonderen ehelichen Verhältnisse zuwider, und die weiter von ihm angeführte l. 17. pr. D. ibid. sagt davon gar nichts. S. 210. Fr. 11.

Der Vermögensbestand des Schuldners, welchem die Competenzwohlthat zusteht, wird vom Richter, bei welchem die Klage angebracht wird, nach dem Zeitpunkte, an welchem die Verurtheilung erfolgt, berechnet. Die Schulden des zu Verurtheilenden an Andere kommen in der Regel nicht in Anschlag, l. 16. D. 42. 1. — l. 19. pr. §. 1. l. 49. D. ibid. Heimbach l. c. S. 879. erklärt dies aus dem Grundsatz: melior est conditio occupantis.

Cessio bonorum.

Der zur Frage 4 aufgestellte Grundsatz: daß in Folge der cessio bonorum nicht das Eigenthum der Güter, sondern Detention und Administration des schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger übergehe, und auch nur in dieser Eigenschaft von ihnen die Güter zum Verkauf gebracht werden, ist nun wohl allgemein angenommen. So statuirte das O. A. G. in Dresden 1851. (s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 493.): die Concursgläubiger übernehmen Rechte des Gemeinschuldners nur in so ferne, als sie geeignet sind, Zahlungsmittel zu Wege zu bringen; sie brauchen nicht solche zweiseitige Contracte des Letztern fortzusetzen, von denen sie keinen Vortheil erwarten, s. Schweppe Concurs §. 62. Somit kann der, welcher von dem Cridar ein Grundstück gekauft, bezahlt, und übergeben erhalten hat, eigentlich nicht auf S. 214.

Digitized by Google

Beschaffung der gerichtlichen Erwerbsurkunde gegen den Massapfleger klagen. Nur ex aequitate, quum ista juris solennitas nullum concursui detrimentum afferat, läßt man solch eine Klage zu, Kind IV. 18. Allein dies setzt voraus, daß das Grundstück dem Gemeinschuldner gerichtlich übereignet war. Fehlt es hieran, so kann nicht übersehen werden, ob nicht die vorerst wieder nöthigen Schritte gegen den autor des Gemeinschuldners nur Weiterungen, z. B. die Einrede, daß er zunächst seine Kaufgeldsforderung befriedigt sehen müsse, herbeiziehen werden. Somit bleibt es in diesem Fall bei obiger Regel.

S. 215. Nr. 4. Aus dem vorangestellten Princip ist auch die Entscheidung der vorgelegten Fälle zu schöpfen:

a) sind die Concursgläubiger rechtlich gehalten, ein vom Cridar erpachtetes Grundstück so lange in Pacht zu behalten, bis die contractmäßige Pachtzeit abläuft?

Unsere verneinende Entscheidung bestätigt ein Erk. d. O. A. G. in Wolfenbüttel im jurist. Magazin. N. F. von Scholtz ꝛc. Bd. II. S. 152.

b) Wenn nun aber die Concursgläubiger den Pacht fortsetzen wollen, kann dann der Verpachter wider seinen Willen gezwungen werden, die mit dem Cridar eingegangene Pachtzeit nunmehr mit seinen Gläubigern auszuhalten?

Der der Reciprocität der Rechte entsprechend verneinenden Meinung Löhners, welche wir S. 217. angeführet haben, folgte das O. A. G. in Celle, s. jurist. Ztg. für Hannover 1841. H. 3. S. 131.

c) Ob die Concursgläubiger verbunden seyen, eine vom Cridar geschehene Verpachtung fortzusetzen, muß wohl noch unzweifelhafter aus den zur Fr. 6. bereits bemerkten Gründen verneint werden.

Für das deutschrechtliche Erbegeld wird zwar häufig ein Separationsrecht oder doch der Vorzug in erster Classe behauptet, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 292., aber abgesehen von einer erweislichen besondern Landespraxis läßt sich eine allgemeine Praxis nicht wohl annehmen, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 468. not. 11. Ed. 7. Ein Präjudiz des O. A. G. in Darmstadt spricht aus: dem Erbegelde steht weder nach römischem noch nach gemeinem deutschen Rechte ein Vorzug im Concurse zu, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 922. Ed. III., vgl. S. 369. not. *) unseres Werks.

Digitized by Google

Von der mora.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Satzes: dies interpellat pro homine scheint folgende Unterscheidung beachtenswerth, welche wir einem Erk. d. O. A. G. in Dresden v. J. 1846. (s. Sächs. Zeitschr. IX. S. 453.) entnehmen. Mora debitoris kann, wo ein Zahltag feststeht, nach Ansichten des Geschäftslebens, sobald jener verflossen ist, immer angenommen werden, l. 41. §. 1. D. 45. 1. — l. 12. C. 8. 38. Beispiele gesetzlicher Feststellung finden sich in l. 31. §. 2. C. 5. 12. — l. un. §. 7. C. 5. 13. — l. 32. C. 4. 32. Fehlt aber ein durch Vertrag, Gesetz oder Gerichtsbrauch bestimmter Zahltag (als welcher aber z. B. beim Auszuge, Leihzucht, und bei der Miethe, wenn gewisse Abentrichtungen, oder der Miethzins auf Jahre, Monate, Wochen, ausbedungen sind, der auf den letzten Tag dieser Zeiträume folgende als unterstellt gelten muß), so ist Interpellation erforderlich. — Auch wurde von jenem Tribunal bemerkt (s. daselbst X. S. 296.), daß zwischen dem in Voraus festbestimmten Zeitpunkte, wo der Schuldner Zahlung leisten soll, und dem Momente zu unterscheiden sey, wo im Allgemeinen das Forderungsrecht des Gläubigers dergestalt eintritt, daß er nunmehr Erfüllung beanspruchen darf. Bei letztgedachter Gestaltung dürfe das dies interpellat pro homine nicht gelten; es sey als Ausnahmssatz nicht auszudehnen. S. 224. Fr. 2.

Auch das O. A. G. in Jena neigte sich in einem Falle, da das Dienstmiethgeld auf „6 Thlr. für das Vierteljahr" zugesagt war, zu letztgedachter Auffassung hin. Es bemerkte als Grund der Abweisung des auf Zinsen von allen Verfalltagen gerichteten Suchens des Dienstboten: sehr häufig lassen Dienstboten ihren Lohn bei der Herrschaft stehen. In substrato war der Dienstbote beim Antritte des Dienstes sehr jung, man sieht, daß die Herrschaft für alle Bedürfnisse desselben sorgen wollte, s. Wochenbl. f. Rfälle 1843. S. 93.

Die von uns bevorzugte Meinung, daß die Verbindlichkeit des Säumigen nicht blos auf fructus perceptos einzuschränken, sondern auch auf fructus percipiendos zu erstrecken sey, ist von der Facultät in Breslau umfänglich begründet worden. Der Grund liegt nicht, wie v. Madai v. d. mora S. 338. annimmt, in der perpetuatio obligationis, die mit einer Erweiterung der obligatio in keinem Zusammenhang steht, sondern darin, daß die Früchte einen Theil des Schadens ausmachen, welchen der Schuldner durch mora widerrechtlich zufügt, l. 26. D. de legat. 32. — l. 31. pr. D. 12. 1. Dem Gläubiger kommt aus diesem Gesichtspunkte das ganze Interesse zu, l. 114. D. 45. 1., womit l. 38. §. 7. D. 22. 1. nicht in Widerspruch steht. S. 253. Fr. 7.

Digitized by Google

weil sie blos von einem dare redet, wobei vermöge der strengen Auslegung der verb. obl. und des Begriffs dare, l. 4. pr. D. 45. 1. alles praestare ausgeschlossen war, ausgenommen ex tempore litis contestatonis, welche nach der Meinung der Sabinianer durch das mit hinzutretende officium judicis auch den stricti juris oblig. einigermaßen die Natur der neg. bonae fidei mittheilte. Im Interesse sind fr. percipiendi mit enthalten, l. 13. pr. D. 46. 8. — l. 33 D. 19. 2. — l. 1. §. 41. D. 43. 15. — l. 39. §. 1. D. de legat. 30. In letzter Stelle eine Eigenthümlichkeit der Verhältnisse sehen zu wollen, ist kein Grund vorhanden, der Grund der praestatio liegt in der mora, diese muß bei allen Obligationen, die auf ein dare gerichteten stricti juris oblig. ausgenommen, gleiche Wirkung hervorbringen. Nur zufällig wird gerade bei einem Vermächtniß auf jenen Umstand aufmerksam gemacht; auch beim Legat sprechen die meisten Stellen blos von Früchten im Allgemeinen, Paul. rec. sent. 3. 8. §. 4. l. 3. pr. l. 8. l. 39. pr. D. 22. 1. — l. 18. pr. l. 44. §. 1. D. 36. — l. 23. D. de leg. 30. — Von dem morosus ist dasselbe Princip anzunehmen, welches von dem malae fidei possessor aufgestellt wird, l. 62. §. 1. D. 6. 1. Beide thun dem Eigenthümer Unrecht durch Vorenthaltung des Genusses, l. 40. pr. D. 5. 3. Wenn auch sonst Jeder, der eine culpa (welche stets durch fructus percipiendos vorausgesetzt wird) behauptet, sie erweisen muß, so leidet dies doch hier in so weit eine Ausnahme, daß, falls Kläger einen bestimmten Umfang der fructuum percipiendorum durch Sachverständige begründet, nunmehr an den Beklagten die Reihe kommt, darzuthun, daß Zufall, vis major, ihn, ungeachtet er allen Fleiß angewendet, verhindert habe, jenen Ertrag zu gewinnen, l. 9. §. 4. D. 19. 2. — l. 1. §. 13. D. 27. 8. — l. 11. D. 22. 4. — l. 5. C. 4. 24. Nehrhoff Archiv II. S. 289.

S. 235. Fr. 7. Im Fall der mora debitoris rerum fungibilium geht die Sächs. Praxis unzweifelhaft dahin, daß der Werth, den die Sachen zur Verfallzeit hatten, verlangt werden kann, l. 22. D. 12. 1. — l. 4. D. 13. 3. — l. 59. 60. D. 45. 1., vergl. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 906. Dabei wird, wie Gottschalk Disc. for. I. 14. zeigt, nicht der höchste sondern der mittlere Werth berechnet, und sind davon dem Gläubiger Verzugszinsen zuzusprechen. Der l. 8. §. 1. D. 13. 1. vom quanti plurimi fuit tempore intermedio wird als einer singulären Strafe für den Dieb keine Ausdehnung gegeben. Madai mora. §. 48. Unterholzner Schuldverhältniß S. 266. Sintenis Civilr. II. S. 191. v. Savigny System Bd. VI. S. 208., s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 261.

Digitized by Google

Goldmünzen erscheinen als res fungibiles in genere debitae, der Curswerth derselben ist der, welchen die öffentliche Meinung im Gegensatz des Nenn- und Metallwerths bewilligt, v. Savigny Obl. R. I. S. 426. 432. Der Gläubiger hat bei der mora debitoris die Wahl, ob er sie in natura nebst einem den Verzugszinsen entsprechenden Mehr, oder ob er den Curswerth zur Verfallzeit mit Verzugszinsen begehren will. Auch hier gilt obige Bemerkung vom quanti plurimi intermedio tempore, s. Ackermann Rechtss. N. F. II. S. 91.

Eine mora accipiendi, die das Forderungsrecht zerstört, stellt sich alsdann heraus, wenn der Leibzuchtsberechtigte, der nicht im Hause der Pflichtigen wohnt, die Gegenstände, welche täglich oder wöchentlich ihm zu reichen sind, längere Zeit nicht abholt. Jede Verbindlichkeit gilt für erfüllt, wenn die Ursache, daß sie nicht wirklich erfüllt ward, in dem Beanspruchenden liegt, l. 39. D. 4. 17. — l. 19. §. 9. l. 38. pr. D. 19. 2. Der Hausbesitzer braucht nicht an jeglichem Verfalltage gegen den Stunden weit entfernten Auszügler sich zur Ablieferung von Milch, Butter ꝛc. zu erbieten. Die Vorschriften über Deposition einer Schuld gehen nur auf Geldschulden. Der Auszügler, welchem bekannt ist, wie lange jene Dinge sich halten, giebt, indem er nicht vor Ablauf der Zeit, wo sie verdorben seyn müssen, sich meldet, zu erkennen, daß er sie nicht will, l. 72. pr. D. 46. 3. — l. 105. D. 45. 1. Der Hausbesitzer ist, sie aufzubewahren nicht schuldig, l. 1. §. 3. D. 18. 6. Eben so wenig dazu, etwas Anderes dafür zu geben, s. Kori Erört. III. S. 92., s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 409. S. 235. Nr. 8.

Periculum und *commodum*.

Der Satz: periculum deteriorationis steht mit dem periculum interitus unter einerlei Regel, ist in einem beschränkten Sinn zu nehmen, denn gleichwohl zeigen sich die Folgen, wie z. B. S. 247. lit. β. und S. 248. lit. d. bei der emphyteusis bemerkt wurde, verschieden. S. 246. not. ††

Hat ein Schiffer durch seine Schuld ein den Fluß mit ihm zugleich befahrendes Schiff, das vermiethet war, so verletzt, daß dessen Besitzer die Reise nicht fortsetzen kann, so ist ersterer dem letzteren das Miethgeld zu vergüten pflichtig. Von dem Miether dieses zu fordern, ist der Schiffer, dessen Schiff verletzt ward, nicht befugt. Bei zweiseitigen Verträgen gilt als Norm, daß nach Ansicht des Contrahenten Leistung und Gegenleistung einander bedingen, l. 38. pr. D. 19. 2. ist von dem Fall zu verstehen, wo der locator nicht blos bereit, sondern auch im Stande war, seine Obliegenheiten zu erfüllen. Waltete bei der Verletzung Zufall, so würde der Miether sogar das vorausbe- S. 248. lit. e

Digitized by Google

zahlte Miethgeld zurückfordern können, l. 19. §. 6. l. 2. §. 4. l. 33. D. ib. Auch spricht l. 15. §. 6. D. ibid. für obige Meinung. Bei dem Kaufe ist es eigenthümlich, daß vor der Uebergabe Käufer den Zufall trägt; letzterer gilt auch in Bezug auf commoda rei schon als dominus, Unterholzner Schuld-V. II. S. 251. Daß jene Miethe unter den Gesichtspunkt der *operis conductio* fällt, ist ohne Einfluß, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 409.

Von Verträgen.

Q. 256. Fr. 1. Die schwierige Frage: wann ein in Briefen beredeter Vertrag perfect werde, und ob er es insbesondere dann sey, wenn, nachdem das Offert des Einen vom Andern bereits acceptirt ist, der Offerent, während das acceptirende Schreiben noch unterwegs ist, widerruft, mithin die gegenseitigen Erklärungen sich kreuzen? hat eine neuerliche Lösung in v. Scheurl Beitr. z. röm. Recht. H. 2. S. 301. gefunden. Abweichend von der von uns bereits beanstandeten Meinung Hasse's erklärt sich der Verf. dahin: „man muß bei Verträgen, die unter Abwesenden abgeschlossen werden sollen, jeden der Contrahenten als doch gleichsam in seinem Brief oder dem von ihm abgeschickten Boten persönlich bei dem Andern anwesend betrachten. Hat also der Adressat meinen den Vorschlag enthaltenden Brief in seiner Hand, ohne daß mein zweiter widerrufender Brief bereits an ihn gelangt ist, und er acceptirt auf jenen ersten Brief hin, so hat er doch eigentlich den Vertrag mit mit mir abgeschlossen, und mein nachher eintreffender Widerruf kann dies so wenig ungeschehen machen, als Jemand gültigerweise sein von ihm persönlich gegebenes und sofort von der andern Seite persönlich angenommenes Versprechen nachher einseitig widerrufen kann. — Vorausgesetzt wird hiebei, daß der widerrufende Brief nicht während der Zeit noch bei dem Adressaten einläuft, in welcher dessen acceptirender Brief unterwegs ist. Denn sonst kommt der Widerruf allerdings dem Abschluß des Vertrags zuvor."

Der von uns aufgestellte Satz: da zur Perfection eines Vertrags — Specialgesetze ausgenommen, — nichts weiter, als beiderseitiger Consens erfordert wird, so kann die Uebereinkunft, denselben schriftlich abzufassen, in der Regel blos den Sinn haben, daß die Schrift Beweismittel, nicht aber, daß die Gültigkeit des Vertrags durch die Niederschreibung bedingt seyn soll, wird bestätigt von Thöl im Handelsrecht S. 184. Donell sagt treffend: nam de contractu jam perfecto non possumus convenire, ut fiat, quod jam factum est.

Digitized by Google

Pactum de inemndo contractu.

Folgender Fall veranlaßte mehrere abweichende Erkenntnisse. Ein Gutsbesitzer suchte bei einer Rentenanstalt ein Darlehn gegen erste Hypothek auf gewissen Gründen, und 4 Proz. Zinsen 3 Jahre lang unaufkündbar. Bevor es zur Auszahlung des bereits von der Rentenanstalt bewilligten Darlehns gekommen war, trat er wegen veränderter Umstände zurück. Die Rentenanstalt, welche sofort auf den Vollzug des Geschäfts klagte, wurde in den beiden ersten Instanzen abgewiesen, indem den s. g. präparatorischen Verträgen und namentlich den Geschäften, welche erst durch die Uebergabe zur Vollendung gelangen, die Clausel **rebus sic stantibus** stillschweigend zum Grund liege, und nach l. 68. D. 45. 1. u. l. 30. D. 12. 1. selbst in Bezug auf die Stipulationen nur eine Entschädigungsklage gestattet sey. In dritter und in der Revisionsinstanz (dem O. A. G. in Dresden) wurde dagegen der Klage statt gegeben, denn 1) von der Clausel **rebus sic stantibus** könne nur ein beschränkterer Gebrauch statt finden; 2) für einem den Vortheil beider Theile bezweckenden Vertrag müsse jedem gegen den andern ein erzwingbares Recht nach dem deutschrechtlichen Grundsatz **pacta sunt servanda**, eingeräumt werden. Bei verzinslichen Darlehen sey dies aber der Fall, so habe nämlich so gut wie der Entnehmer des Gelds an dessen nützlicher Verwendung, auch hinwiederum die Rentenanstalt an fruchtbringender Anlegung ihrer Capitalien, welche sie nicht müßig liegen lassen dürfe, ein wesentliches Interesse. — Daher könnte auch l. 30. D. 12. 1. nicht dagegen entscheiden, wenn es da hieße: **qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, *in potestate habet*, ne accipiendo se ei obstringat**, denn hier sey unverkennbar ein unverzinsliches Vorlehen gemeint, nämlich **mutuum** (oder **pecunia gratuita** in l. 8. D. 20. 2.) nicht **foenus**. — Der Beklagte wurde daher zum Vollzug des Darlehnsgeschäfts verurtheilt, jedoch mit der Einschränkung: daß, in so ferne er es vorziehen sollte, das in Frage stehende Capital, ohne daß solches an ihn ausgezahlt wird, von Zeit der erhobenen Klage an bis zu dem Zeitpunkt der Verabredung, „Beklagter dürfe das Capital innerhalb der ersten 3 Jahre nicht kündigen" **mit 4 Proz. jährlich zu verzinsen**, derselbe das Capital selbst anzunehmen und dagegen der Rentenanstalt die erste Hypothek an den bezeichneten Grundstücken einzuräumen nicht verbunden sey, s. Dresdner Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1848. Nr. 18. S. 193. u. Nr. 53. S. 421. S. 264. Fr. 3.

Digitized by Google

zahlte Miethgeld zurückfordern können, l. 19. §. 6. l. 2. §. 4. l. 33. D. ib. Auch spricht l. 15. §. 6. D. ibid. für obige Meinung. Bei dem Kaufe ist es eigenthümlich, daß vor der Uebergabe Käufer den Zufall trägt; letzterer gilt auch in Bezug auf commoda rei schon als dominus, Unterholzner Schuld-V. II. S. 251. Daß jene Miethe unter den Gesichtspunkt der *operis* conductio fällt, ist ohne Einfluß, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 409.

Von Verträgen.

S. 256. Fr. 1. Die schwierige Frage: wann ein in Briefen beredeter Vertrag perfect werde, und ob er es insbesondere dann sey, wenn, nachdem das Offert des Einen vom Andern bereits acceptirt ist, der Offerent, während das acceptirende Schreiben noch unterwegs ist, widerruft, mithin die gegenseitigen Erklärungen sich kreuzen? hat eine neuerliche Lösung in v. Scheurl Beitr. z. röm. Recht. H. 2. S. 301. gefunden. Abweichend von der von uns bereits beanstandeten Meinung Hasse's erklärt sich der Verf. dahin: „man muß bei Verträgen, die unter Abwesenden abgeschlossen werden sollen, jeden der Contrahenten als doch gleichsam in seinem Brief oder dem von ihm abgeschickten Boten persönlich bei dem Andern anwesend betrachten. Hat also der Adressat meinen den Vorschlag enthaltenden Brief in seiner Hand, ohne daß mein zweiter widerrufender Brief bereits an ihn gelangt ist, und er acceptirt auf jenen ersten Brief hin, so hat er doch eigentlich den Vertrag mit mir abgeschlossen, und mein nachher eintreffender Widerruf kann dies so wenig ungeschehen machen, als Jemand gültigerweise sein von ihm persönlich gegebenes und sofort von der andern Seite persönlich angenommenes Versprechen nachher einseitig widerrufen kann. — Vorausgesetzt wird hiebei, daß der widerrufende Brief nicht während der Zeit noch bei dem Adressaten einläuft, in welcher dessen acceptirender Brief unterwegs ist. Denn sonst kommt der Widerruf allerdings dem Abschluß des Vertrags zuvor."

Der von uns aufgestellte Satz: da zur Perfection eines Vertrags — Specialgesetze ausgenommen, — nichts weiter, als beiderseitiger Consens erfordert wird, so kann die Uebereinkunft, denselben schriftlich abzufassen, in der Regel blos den Sinn haben, daß die Schrift Beweismittel, nicht aber, daß die Gültigkeit des Vertrags durch die Niederschreibung bedingt seyn soll, wird bestätigt von Thöl im Handelsrecht S. 184. Donell sagt treffend: nam de contractu jam perfecto non possumus convenire, ut fiat, quod jam factum est.

Digitized by Google

Pactum de inundo contractu.

Folgender Fall veranlaßte mehrere abweichende Erkenntnisse. Ein Gutsbesitzer suchte bei einer Rentenanstalt ein Darlehn gegen erste Hypothek auf gewissen Gründen, und 4 Proz. Zinsen 3 Jahre lang unaufkündbar. Bevor es zur Auszahlung des bereits von der Rentenanstalt bewilligten Darlehns gekommen war, trat er wegen veränderter Umstände zurück. Die Rentenanstalt, welche sofort auf den Vollzug des Geschäfts klagte, wurde in den beiden ersten Instanzen abgewiesen, indem den s. g. präparatorischen Verträgen und namentlich den Geschäften, welche erst durch die Uebergabe zur Vollendung gelangen, die Clausel rebus sic stantibus stillschweigend zum Grund liege, und nach l. 68. D. 45. 1. u. l. 30. D. 12. 1. selbst in Bezug auf die Stipulationen nur eine Entschädigungsklage gestattet sey. In dritter und in der Revisionsinstanz (dem O. A. G. in Dresden) wurde dagegen der Klage statt gegeben, denn 1) von der Clausel rebus sic stantibus könne nur ein beschränkterer Gebrauch statt finden; 2) für einem den Vortheil beider Theile bezweckenden Vertrag müsse jedem gegen den andern ein erzwingbares Recht nach dem deutschrechtlichen Grundsatz pacta sunt servanda, eingeräumt werden. Bei verzinslichen Darlehen sey dies aber der Fall, so habe nämlich so gut wie der Entnehmer des Gelds an dessen nützlicher Verwendung, auch hinwiederum die Rentenanstalt an fruchtbringender Anlegung ihrer Capitalien, welche sie nicht müßig liegen lassen dürfe, ein wesentliches Interesse. — Daher könnte auch l. 30. D. 12. 1. nicht dagegen entscheiden, wenn es da hieße: qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, *in potestate habet*, ne accipiendo se ei obstringat, denn hier sey unverkennbar ein unverzinsliches Vorlehen gemeint, nämlich mutuum (oder pecunia gratuita in l. 8. D. 20. 2.) nicht foenus. — Der Beklagte wurde daher zum Vollzug des Darlehnsgeschäfts verurtheilt, jedoch mit der Einschränkung: daß, in so ferne er es vorziehen sollte, das in Frage stehende Capital, ohne daß solches an ihn ausgezahlt wird, von Zeit der erhobenen Klage an bis zu dem Zeitpunkt der Verabredung, „Beklagter dürfe das Capital innerhalb der ersten 3 Jahre nicht kündigen" mit 4 Proz. jährlich zu verzinsen, derselbe das Capital selbst anzunehmen und dagegen der Rentenanstalt die erste Hypothek an den bezeichneten Grundstücken einzuräumen nicht verbunden sey, s. Dresdner Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1848. Nr. 18. S. 193. u. Nr. 53. S. 421. S. 264. Fr. 3.

Digitized by Google

Persönliche Fähigkeit.

S. 264. lit. b. Eine minderjährige Ehefrau ist bei einem ehelichen Güterstande, in welchem der Mann zufolge des Mundiums Nießbrauch und Verwaltung ihres Vermögens überkommen hat, weder als eine minor curatorem habens, noch als eine solche zu betrachten, welcher venia aetatis zu Theil wurde. Sie ist vielmehr nach den Regeln des röm. Rechts über Minderjährige, welche keinen Curator haben, zu beurtheilen. Da nun solche zur Veräußerung von Immobilien eines obrigkeitlichen decreti ad alienandum bedurften, — denn die c. 3. de in integr. redet nur von einem Fall, wo bewegliche Güter verkauft wurden, s. Rudorff Recht d. Vormundschaft Bd. III. S. 286. Göschen Vorlesungen Bd. II. S. 173. — so können sie ein ohne solches Decret veräußertes Gut binnen 5 Jahren nach Eintritt der Großjährigkeit vindiciren, l. 8. 10. 15. 16. C. 5. 74. cf. Erk. d. O. A. G. zu Oldenburg in Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. S. 251. Nach denselben Grundsätzen wurde von dem K. Würtembergischen Obertribunal entschieden, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 226. Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 240., wo außerdem angenommen wurde, daß ein minderjähriger Ehemann zwar zur cura sexus (Geschlechtsvormundschaft) aber nicht zur cura aetatis seiner gleichfalls minderjährigen Ehefrau befugt sey.

S. 269. Fr. 6. Aus dem hier vorgetragenen Grundsatz folgt hinsichtlich der Verträge zwischen Juden und Christen: daß in dem Fall, wo der Christ unter der Herrschaft einer Gesetzgebung steht, welche zu seinem Schutz gegen Uebervortheilungen zur Gültigkeit des Vertrags obrigkeitliche Protokollirung erfordert, nicht nach den etwa abweichenden Gesetzen des loci contractus, sondern des Wohnorts und persönlichen Gerichtsstandes des verpflichteten Christen zu erkennen ist, s. Seufferts u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV. S. 119. Bd. IX. S. 336. Die Vorschrift obrigkeitlicher Fertigung ist übrigens nicht auf die von berechtigten jüdischen Handelsleuten in Bezug auf das concessionsmäßige Gewerbsverhältniß geschlossenen Verträge auszudehnen, ebend. Bd. V. S. 73. Bd. XI. S. 68.

Gegenstände des Vertrags.

S. 274. Fr. 8. Der Satz: ein Vertrag, welcher einem verbietenden Gesetze entgegen ist, ist ungültig, auch wenn das Gesetz die Nichtigkeit nicht ausgesprochen hat; wird bestätigt durch ein Erk. d. O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. II. H. 2. S. 205., vgl. Savigny System Bd. IV. 203.

Digitized by Google

In folgendem Falle war indeß dessen Anwendung Zweifeln unterworfen. Kläger brachte vor: auf sein Zureden habe Beklagter mit ihm zu gemeinschaftlichen Spiel nach gleichen Antheilen ein Loos in der Frankfurter Lotterie genommen und darauf einen Gewinn von 42,000 Fl. bezogen; da derselbe die Herauszahlung der Hälfte verweigere, so bitte er, ihn dazu richterlich anzuhalten. Aus dem Grund, daß in dem Land, welchem beide Theile angehören, nämlich in Bayern, das Spielen in auswärtigen Lotterien mit einer Geldstrafe belegt ist, wurde Kläger in zwei Instanzen abgewiesen, vom obersten Gerichtshof aber wurde zu seinen Gunsten reformirt. — Die ersten Instanzen gingen von dem einfachen Satz aus: ein Vertrag über Theilung des aus einer verpönten Handlung zu erzielenden Vortheils giebt kein Klagrecht,*) und dieser, wie auch in dritter Instanz anerkannt wurde, auf polizeiliche Verbote nicht minder anwendbare Grundsatz ließ dann freilich nichts andres übrig, als das: in pari turpitudine melior est conditio possidentis. Dagegen kam folgendes in Betracht: als ein sittenpolizeiliches Gesetz könne in Bayern das Verbot, in auswärtige Lotterien zu setzen, nicht angesehen werden, denn indem dieser Staat sebst ein Lottospiel exercire, könne jenes Verbot nur als ein financielles, — nämlich um dessen Ertrag gegen die Concurrenz auswärtiger Lotterien zu schützen, betrachtet werden.

Das Object des verpönten Spiels läßt aber das Gesetz unberührt, indem auf dem Spielgewinn nicht Confiscation steht, wie z. B. bei Schmuggelgesetzen, welche auch financieller Natur sind, sondern pro satisfactione publica eine Geldstrafe von 25 Fl. genügt. Die Dispositionen über jenes Object — nämlich den Spielgewinn scheinen demnach schon außer den Gränzen des Gesetzes zu liegen, daher derselbe in das unbeschränkte Eigenthum der Gewinnenden übergeht, indem der Staat den Erfolg des Spieles in seinen privatrechtlichen Wirkungen in keiner Weise beschränkt oder beeinträchtigt, vielmehr des bestehenden Verbots ungeachtet dem Uebertreter doch der beabsichtete Gewinn unangefochten verbleibt, was folgerecht auch von dem von mehreren Uebertretern unter sich eingegangenen Vertrag, in so weit er nur das Verhältniß unter ihnen selbst und gegen einander zum Gegenstande hat, angenommen werden muß. Wenn zwei Personen sich in einer auswärtigen Lotterie bei demselben Loose betheiligen, so bilden sie der aus-

*) Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem, l. 57. D. 17. 2. Flagitiosae rei societas coita nullum effectum habeat, l. 70. i. f. D. 46. 1.

Digitized by Google

wärtigen Anstalt als ihrer gemeinschaftlichen Contrahentin gegenüber im rechtlichen Sinne nur eine einzige Person, dieselbe Einheit und Gleichartigkeit muß aber auch auf das Rechtsverhältniß unter ihnen selbst übertragen werden, es kann der Gewinn, den sie gemeinschaftlich machen, und dessen unverkümmerten Besitzes sie im vorhinein versichert seyn dürfen, nicht blos für den Einen mit Ausschluß des Andern, nämlich für denjenigen als ein erlaubter erscheinen, der sich zufälliger Weise zuerst in der Lage befände, solchen zu erheben, denn der Zufall kann nach Umständen wohl allerdings die Quelle von Rechten werden, er kann und darf aber unter Gleichberechtigten niemals dazu dienen, den Einen zu Gunsten des Andern von dem Objecte der gemeinschaftlichen Berechtigung gänzlich auszuschließen.

Der Rechtssatz: in turpi causa etc. gilt nach dem klaren Wortlaut der l. 3. u. 8. D. 12. 5. u. l. 2. C. 4. 7. nur von denjenigen Fällen, wo aus einem beiden Theilen als unehrbar und schlechthin unerlaubt bekannten Geschäfte der Eine dem Andern bereits etwas gegeben hat, ohne daß solches, wie es bei den Römern zuweilen verordnet war, vom Fiskus eingezogen wurde; er kann aber, — von der neueren Theorie und Praxis ohnedies sogar in solchen Fällen bestritten — jedenfalls keine Anwendung da finden, wo nicht das gegenseitige Verhältniß der eigentlichen Paciscenten (über die verbotene Handlung), sondern nur jenes Verhältniß in Frage steht, in welches sich diesfalls der Eine von ihnen durch Association mit einem Dritten gesetzt hat, und wo es sich blos darum handelt, ob dieser verbunden ist, seinen Gesellschafter an dem Gewinne theilnehmen zu lassen, den er aus dem zwar an sich verbotenen, aber nicht annullirten Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung gezogen hat, denn hier liegt der Fall einer eigentlichen Reclamation gar nicht vor, weil das Empfangene nicht von dem Gesellschafter, der blos seinen Antheil hiervon anspricht, sondern von Demjenigen herrührt, mit dem sie beide mit einander in einem Contractsverhältnisse gestanden haben, und der seinerseits gar nicht daran denkt, das Gegebene, nämlich den bereits ausgezahlten Gewinn, wieder zurückzuverlangen. Nachdem also die auswärtige Lotteriedirection die Auszahlung des Gewinns nicht, wie sie konnte, verweigert hat, und das Landesgesetz, unter welchem die Spielenden stehen, den Lotteriegewinn außer Anspruch läßt, so bleibt dieser im Eigenthum der Spielenden, und hat im vorliegenden Fall nicht aufgehört, ein gemeinschaftliches Eigenthum zu seyn, welches der Eine von ihnen nicht eigentlich im Besitz, sondern nur in Verwahrung hatte. Wer sich aber eine fremde Sache anmaßt, und durch diesen Frevel einen Ver-

Digitized by Google

mögensvortheil erlangt hat, unterliegt der cond. ex injusta causa, l. 6. D. 12. 5.*)

Scheingeschäfte.

Simulation muß bekanntlich strict erwiesen werden. Bemerken S. 281.
z. B. die Kaufscontrahenten, „es werde mit dem Kaufe blos Sicherheit des Käufers für eine Forderung desselben an den Verkäufer bezweckt," so liegt gleichwohl kein verschleiertes Pfandgeschäft vor, Funcke Beitr. 1830. S. 214., s. Wochenbl f. Rechtsf. 1851. S. 46.

Von der Regel, daß Scheingeschäfte nicht vermuthet werden, giebt es jedoch auch Ausnahmsfälle, welche so gestaltet sind, daß die faktische oder gemeine Vermuthung so stark ist, daß sie die rechtliche (quilibet praesumitur bonus) aufheben kann. Dies ist der Fall, wenn die Thatsachen für das Gegentheil der letzteren dergestalt sprechen, daß sie nur aus diesem erklärt werden können, s. Schneider Beweis S. 432. 443. Z. B. Ein wegen Verbrechens Landflüchtiger verkauft sein Mobiliar an seine Ehefrau. Hier entschied das O. A. G. in Dresden 1850., es könne, ohne daß vorerst ordentliche Beweisführung nöthig wäre, was die Sicherheit des Staatsfiscus erfordert, nach C. C. C. Art. 206. vorgekehrt werden, s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 140.

Conventionalstrafe.

Wie hier bemerkt, kommt hinsichtlich der Frage: wenn die Con- S. 291.
ventionalstrafe verwirkt ist, viel auf die Fassung der Stipulation an. Fr. 3.
Z. B. Ein Verpachter hatte sich das Recht stipulirt, wenn der Pachter am 1. October das Pachtgeld nicht zahle, den Pacht am 1. November als erloschen anzusehen, auch für jeden Tag, welchen der Pachter von da ab mit der Räumung säume, 5 Thlr. Conventionalstrafe zu fordern. In diesem Fall kann der Verpachter die 5 Thlr. täglich erst von der Zeit ab, wo er dem Pachter seinen Willen, von jener Clausel Gebrauch zu machen, verkündigt, und nicht noch darüber von dieser Zeit ab Pachtgeld verlangen, denn die 5 Thlr. sind als im Voraus erfolgte vertragsmäßige Quantification des id quod interest zu betrachten, Puchta Pand. §. 231. Schweppe röm. Privatr. §. 506. Glück P. R. Bd. IV. S. 530. Es hätte deutlicher müssen ausgesprochen werden, wenn außerdem Vertragserfüllung hätte geleistet werden sollen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 2.

*) Ueber deren Unterschied von der cond. ob turpem causam, s. Glück P. R. Bd. XIII. §. 825. v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 627.

Digitized by Google

Ist für den Fall des einseitigen Zurücktritts eine Conventionalstrafe verabredet, ohne daß für die Vertragserfüllung eine Frist bestimmt worden; so kann die Verwirkung der Strafe nicht eintreten, bevor eine Aufforderung zur Erfüllung geschehen, und von da an so viel Zeit verstrichen ist, als zur Bewerkstelligung der Erfüllungshandlung nach billigem Ermessen genügt, s. Strippelmann Samml. Th. V. S. 71.

S. 292. Fr. 5. Die hier vorgetragenen Grundsätze finden in folgender Entscheidung d. O. A. G. in Cassel (s. Strippelmann l. c. S. 65.) Bestätigung. Einem Verlöbniß, welchem die vom Particulargesetze bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene gerichtliche Anzeige mangelte, war die Verabredung beigefügt: daß wenn vor der Hochzeit und vor gerichtlicher Confirmation der Ehepakten einer von beiden Theilen diesen Contract nicht erfüllen wollte, der Zurücktretende schuldig seyn soll, dem andern Theil für Entschädigung und Beschimpfung 400 Thlr. zu entrichten. Es wurde erkannt, daß wenn gleich der Vertrag, soviel das darin verabredete Eheverlöbniß betreffe, wegen Mangels gerichtlicher Anzeige als unwirksam erscheine, dies doch nach feststehendem Gerichtsgebrauche nicht in Beziehung auf die zu dessen Bestärkung verabredete Conventionalstrafe der Fall sey.

Anders ist es, wo Gesetze die Dispositionsfreiheit der Contrahenten aus Rücksichten für das allgemeine Wohl beschränken. Z. B. Ein Badergeselle hatte bei seiner Ansässigmachung seinem bisherigen Principal einen Revers ausgestellt, in welchem er sich verpflichtete, keinen derjenigen Kunden, welche er als dessen Geselle bediente, an sich zu bringen, und für jede innerhalb 2 Jahren begehende Contravention 50 Fl. als Buße zu bezahlen. Hier erkannte das O. A. G. in München die gemachte Bedingung und somit auch die damit verbundene Conventionalstrafe für unstatthaft, nämlich für unvereinbar mit den Grundsätzen der Gewerbspolizei, indem die Gewerbe zur Befriedigung des Publikums bestehen, weshalb Verabredungen unter Privaten, welche die Erfüllung dieser Bestimmung gefährden und einschränken, unzulässig seyen. Quod leges fieri prohibent — cessat obligatio, s. Seufferts Archiv Bd. II. H. 1. S. 32.

Bilateralcontracte.

S. 297. Auf die im Bd. I. S. 353. Fr. 41. bei der Lehre von den Bedingungen angeführten Gesetze, l. 39. l. 161. D. 50. 17. — l. 81. §. 1. D. 35. 1. — l. 85. §. 7. D. 45. 1. — l. 19. §. 9. 10. l. 38. D. 19. 2. wird in einem Erkenntniß des O. A. G. in Dresden der Rechtssatz gegründet: „in Fällen, wo bei Bilateralcontracten ein

Digitized by Google

Theil durch den andern gehindert worden ist, den ihm obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen, sind diese für erfüllt zu achten, und es steht dem gedachten Contrahenten frei, dasjenige, was ihm nach dem Contract zu gewähren gewesen wäre, ohne Gegenleistung in Anspruch zu nehmen. — Durch einseitigen Rücktritt von Verträgen darf dem Theile, welcher bereit ist, seine contractlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen, kein Nachtheil zugewendet werden. Ein solcher würde ihn aber treffen, wenn ihm in derartigen Fällen blos frei stehen sollte, besondere Schädenklage anzustellen, indem die hiezu erforderliche Quantificirung der Schäden nicht selten mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, die bei Anstellung der Contractsklage nicht eintreten, Seuffert Archiv für Entschäd. d. oberst. Gerichte Bd. I. H. 3. S. 356

Der großen Controverse: ob die s. g. exceptio non adimpleti contractus als blos negative Litiscontestation oder als wirkliche Exception zu gelten habe, hat neuerlich Osterloh in d. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung v. Tauchnitz u. Sperber, N. F. Bd. VII. H. I. S. 7., eine gründliche Untersuchung gewidmet, deren Resultat dieses ist: daß dieselbe weder immer als Negation, noch immer als Einrede zu behandeln sey. Der Verf. geht vom Grundbegriff der Klage überhaupt aus, welche nicht allein ein wirklich entstandenes und gegenwärtiges oder fälliges, sondern auch verletztes Recht darlegen muß. In dem letzteren Punkt können die Unterlagen nur faktischer Natur seyn, und demnach in Gemäßheit der Verhandlungsmaxime nur dann zur richterlichen Berücksichtigung kommen, wenn sie in der Klage ausdrücklich angeführt sind. — Daraus folgt: S. 299. Fr. 2.

I. Daß bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen, nach welchen von den Contrahenten Zug vor Zug geleistet werden soll, das Anführen des Klägers, daß er seinerseits bereits geleistet habe, oder doch zur Leistung bereit sey, nothwendig erfordert werde, l. 13. §. 8. D. 19. 1. — l. 21. C. 2. 3. Der Kläger kann da nicht die Existenz seines Rechts begründen, ohne zugleich die Existenz seiner Verpflichtung zu begründen, und er kann kein gestörtes Recht darlegen, ohne jene Darlegung, denn erst durch die Erfüllung von seiner Seite oder wenigstens deren Oblation ist die Verbindlichkeit des Andern und resp. sein Recht auf diese bei zweiseitigen Verträgen über Zug um Zug zu bewirkende Leistungen wirklich existent. Der Kläger müßte daher angebrachtermaßen abgewiesen werden, wenn er nicht in der Klage entweder, daß er seinerseits den ihm obliegenden Verbindlichkeiten nachgekommen sey, behauptet, oder doch sich zu deren Erfüllung ausdrücklich erboten hätte. Allenfalls stünde dem Beklagten hier eine dilatorische Einrede

Digitized by Google

eben so zu, wie dann, wenn er einzuwenden vermag, daß der Kläger ein zur Perfection des zweiseitigen Vertrags, aus welchem geklagt worden ist, gesetzlich erforderliches Moment unerwähnt gelassen, oder daß er dasselbe zu allgemein, zu dunkel oder zu unbestimmt vorgebracht habe, demnach auch die vom Kläger behauptete Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten an dem formellen Mangel der Allgemeinheit, Dunkelheit oder Unbestimmtheit leide.

II. Hat aber der Kläger in seiner Klage sowohl den Abschluß des Vertrags, als auch die seiner Seits geschehene oder bereiteste Erfüllung behauptet, so gestaltet sich das Vorbringen des Beklagten, wenn er beides, oder auch nur das letztere läugnet, zu einer verneinenden Beantwortung. So auch, wenn der Beklagte die in der Klage beschriebene Modalität des Contracts, und die vom Kläger behauptete von dieser Modalität abhängige Erfüllung der dem Kläger obliegenden Verbindlichkeiten läugnet, ferner wenn er die vom Kläger behauptete Erfüllung in Betreff einzelner klägerischer Verbindlichkeiten zwar zugiebt, aber in Betreff anderer im Contracte ausdrücklich bedungener und in der Klagschrift oder deren Beilage ausdrücklich angegebener Verbindlichkeiten des Klägers läugnet, oder auch, wenn er die vom Kläger behauptete Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hinsichtlich des Umfangs der einen oder der andern läugnet, indem er z. B. behauptet, daß Kläger an der Quantität der Leistung habe fehlen lassen.

Dagegen hat das Anführen des Beklagten den Charakter einer eigentlichen oder s. g. zerstörlichen Einrede, wenn

1) der Beklagte behauptet, daß der Kläger einer erst durch den Eintritt einer Bedingung oder sonstigen neuen Thatsache erwachsenen Verpflichtung nicht nachgekommen sey; oder
2) daß Kläger auch andere Verbindlichkeiten außer den in der Klage angegebenen übernommen, und diese unerfüllt gelassen habe;
3) oder daß Kläger später im Wege der Novation noch andere in dem ursprünglichen Vertrage nicht erwähnte Verbindlichkeiten übernommen habe, diesen aber nicht nachgekommen sey;
4) die den nur subsidiarisch geltenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß Zug vor Zug zu bewirkende Leistung des Klägers habe nach einer in den Contract aufgenommenen Vertragsbestimmung nicht Zug vor Zug, sondern früher geschehen müssen, als die des Beklagten, z. B. es sey dem Beklagten Credit gegeben worden.
5) Der ursprünglich zweiseitige Vertrag sey später im Wege der Novation in einen einseitigen verwandelt worden.

Exceptio non rite adimpleti contractus wird begründet, wenn der Beklagte

Digitized by Google

a) blos einwendet, daß ihm durch unrichtige, z. B. nicht zur bestimmten Zeit, nicht am rechten Orte, oder nicht in der gehörigen Qualität geschehene Erfüllung der dem Kläger vertragsmäßig obliegenden Verbindlichkeiten Schaden entstanden;
b) die ihm übergebene Sache habe verschwiegene, nach gesetzlichen Vorschriften zu gewährende Fehler gehabt, oder
c) bedungene — obwohl in der Klage oder deren Beilage nicht ausdrücklich erwähnte — Eigenschaften nicht gehabt;
d) die vom Kläger zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Obliegenheit vorgenommene Handlung habe dem Vertrage nicht entsprochen, sey also eine fehlerhafte gewesen; oder
e) die vom Kläger übergebene Sache sey von einem Dritten nachträglich vindicirt worden.

III. Als zerstörliche Einrede gilt es in dem Falle, wenn der zweiseitige Vertrag vom Beklagten früher als vom Kläger zu erfüllen war, weil die Leistung des Letztern von einer Suspensivbedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht worden war, wenn der Beklagte behauptet:

a) die Suspensivbedingung sey eingetreten, die Zeitbestimmung verfallen, folglich die Leistung des Klägers fällig geworden, aber nicht erfolgt, oder
b) der Kläger habe wegen der ihm obliegenden späteren Leistung eine Sicherstellung versprochen, aber nicht bestellt.
c) Die ursprünglich beigefügte Suspensivbedingung oder Zeitbestimmung sey später im Weg der Novation weggefallen, weshalb die Leistung Zug vor Zug stattfinde.

IV. Bei einseitigen Verträgen kann von der exc. non adimpleti contractus gegen eine actio directa nicht die Rede seyn; nur uneigentlich würde man den Fall hieher rechnen, wenn Beklagter behauptet, der fragliche Contract sey kein einseitiger, sondern ein zweiseitiger gewesen, oder es stehe ihm ein Retentionsrecht wegen einer mit dieser Zuständigkeit durch Gesetz oder Vertrag bekleideten, vom Kläger aber noch nicht erfüllten Nebenforderung zu.

V. Ist die angestellte Klage eine act. contraria, so kommt es bei Beurtheilung der Frage, ob das Anführen des Beklagten, daß der Kläger seiner Hauptverbindlichkeit nicht nachgekommen sey, als verneinende Klagsbeantwortung oder als wirkliche Exception anzusehen sey, darauf an, ob zur Begründung der Klage das Anführen, daß Kläger seine Hauptverbindlichkeit erfüllt habe, nothwendig gehörte, oder nicht;

Digitized by Google

im ersten Fall ist verneinende Einlassung, im letzteren Falle wirkliche Exception vorhanden.

Exceptio non rite adimpleti contractus.

S. 302. Wenn der Beklagte durch den Einwand, die dem Kläger obgelegene Leistung nur unvollständig erhalten zu haben, die Verbindlichkeit zur Gegenleistung von sich ablehnen will, so muß er die behauptete Mangelhaftigkeit allerdings genau substantiiren, um nicht seinen Einwand als unerheblich verworfen zu sehen, s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. X. S. 205. Stellt sich aber auch seine Behauptung als richtig heraus, so kann darum doch nicht geradezu auf Abweisung der Klage erkannt, es kann nicht dem Beklagten implicite die Befugniß zuerkannt werden, das Empfangene zu behalten und doch alle Gegenleistung zu verweigern. Vielmehr hat der Richter in solchem Falle zu erwägen, was zur gehörigen Erfüllung des Vertrages von dem einen wie von dem andern Contrahenten noch zu leisten sey, und das beiderseits Gebührende in dem Urtheil festzustellen, wobei etwa, wenn das einerseits fehlende nicht nachgetragen werden kann, dafür Entschädigung zu bestimmen oder auf Ausgleichung durch Minderung der Gegenleistung zu sprechen ist, s. Entscheidungen des geh. Ob. Tribunals in Berlin. Bd. 8. S. 232., vgl. Seuffert prakt. Pandr. §. 276. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 191. — Dabei wird übrigens immer vorausgesetzt, daß der Beklagte seine exc. non rite adimpleti contractus in quali et quanto genau substantiirt habe. Z. B. A klagt gegen den B auf ein pactirtes Pachtgeld für das ihm pachtweise übergebene Gut. B ließ schon im ersten Jahr das Pachtgeld größtentheils unabgeführt, und auf erhobene Klage opponirt er exc. non adimpleti contr., weil der Kläger gewisse mündliche Nebenabreden wegen Herrichtung zweier Keller und Ausbesserung des Wirthshauses nicht erfüllt habe. Dieser Einwand konnte ihn aber, wie ein in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. 17. S. 235. angeführtes Erkenntniß des O. A. G. in München statuirt, nachdem er ungeachtet der unterbliebenen Vorleistungen doch das Pachtgut in Besitz genommen und sich dessen Nutzungen zugeeignet hatte, nicht berechtigen, das Pachtgeld schlechthin zu verweigern, sondern nur seine Gegenansprüche resp. Entschädigungsforderungen compensationsweise oder durch Klage geltend zu machen, l. 19. §. 3. l. 15. §. 1. u. 8. l. 24. §. 4. D. 19. 2.

Verträge zu Gunsten Dritter.

S. 303. Es ist wohl nicht zu mißkennen, wenn der Schöppenstuhl in Halle
Fr. 8. in einem Urtheil v. J. 1826., s. Emminghaus Pand. S. 865. no. 2.

Digitized by Google

sich dahin ausgesprochen hat: „die Regel, daß Dritte selbst, wenn ausdrücklich für sie paciscirt worden, weil sie nicht selbst am Vertrage Theil nahmen, daraus kein Recht erwerben,*) hat so viel Ausnahmen, daß sie selten in Anwendung gebracht werden kann." Das O. A. G. in Cassel gesteht ausnahmsweise dem Dritten eine actio utilis zu:

*) Gewöhnlich wird angenommen, da der römisch rechtliche Grundsatz, daß man durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne, bei uns nicht recipirt ist, so sey ein dergleicher Vertrag rechtsbeständig, ohne daß es einer vorgängigen Cession bedürfte, um dem Dritten, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen ist, ein Recht zu verschaffen, sobald nur seine Acceptation hinzukommt, ehe die Paciscenten vom Verträge zurückgegangen sind, s. Emminghaus Pand. S. 541. no. 7. u. 10. Unterholzner Schuldverhältnisse I. S. 188. Aber auch hievon findet man in deutschrechtlichen Verhältnissen eine Abweichung. Eine Besonderheit soll nämlich bei Leistungen an die Geschwister, welche bei Gutsübergaben dem Gutsübernehmer auferlegt werden, stattfinden. Z. B. der Vater, welcher das Gut einem Sohn übergeben hatte, sey nicht mehr befugt, über den Gegenstand der Abfindung einer Tochter anderweit zu verfügen, denn ein solcher Vertrag begründe sowohl hinsichtlich des übergebenen Guts, als hinsichtlich der Abfindung eine anticipirte Erbfolge, und wird danach die Erbfolge der Kinder in Beziehung auf das Gut, als mit der Abschließung des Vertrags eingetreten betrachtet, s. Strippelmann Samml. Th. V. S. 57. — Für etwas Unjuristisches erklären zwar den Begriff einer anticipirten Erbfolge, W. H. Puchta über die rechtl. Natur d. bäuerlichen Gutsabtretung §. 17. Beseler Erbverträge Th. II. 2. S. 205. Buchka v. d. Stellvertretung S. 202., s. jedoch dagegen Runde Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. VII. S. 11. u. Puchta selbst in dem Werk über ger. Klagen, S. 376., erkennt sie als deutschurstittlich. Auf ähnliche Weise hat ein Plenarbeschluß des Obertrib. in Berlin entschieden, s. Justizministerialbl. v. 4. Decemb. 1846. Wenn ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungsvertrage einem anderen Kinde eine Abfindung gesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß aus einem Vertrage, welcher den Vortheil eines Dritten zum Gegenstand hat, der Dritte nur unter der Voraussetzung ein Recht erlange, daß er an der Schließung entweder unmittelbar oder mittelbar Theil genommen hat, oder demselben mit Bewilligung beider Theile beigetreten ist, s. Beseler Lehre v. d. Erbverträgen. Th. II. B. I. S. 71. Die in Frage befindliche Willenshandlung ist als eine väterliche Verfügung nach Art der divisio parentum inter liberos anzusehen. An dem Wesen dieser anticipirten Erbvertheilung wird dadurch nichts geändert, daß eines der Kinder dabei zugezogen wird, das andere nicht. Der Vater begnügt sich, dasjenige Kind, dem er das Gut zugedacht hat, und welches an seine Geschwister Zahlungen zu leisten hat, zuzuziehen, um sich der Ausführung seines Willens zu vergewissern, die übrigen Kinder sind aber nicht dritte Personen, deren Vortheil Gegenstand eines zwischen anderen Hauptpartheien geschlossenen Vertrags ist, da vielmehr alle Kinder sich als gleich Berechtigte darstellen, vgl. auch das Supplement zu S. 688. Fr. 10. unten.

Digitized by Google

1) bei Kaufverträgen, wenn der Käufer Verbindlichkeiten hinsichtlich der auf der verkauften Sache haftenden Schulden übernimmt, oder in Rechtsverhältnisse einzutreten sich verpflichtet, welche in irgend einer Beziehung zur verkauften Sache zwischen dem Verkäufer und einem Dritten bestanden; überhaupt
2) bei Verträgen, worin der eine Contrahent dem andern verspricht, für ihn eine gewisse Schuld an einen Gläubiger zu entrichten;
3) bei Pachtverträgen, wonach der Pachter einem Vorgänger die durch Bestellung der Ländereien erwachsenen Kosten erstatten soll;
4) bei Theilungsverträgen zwischen Eltern und Kindern, worin diesen die Herausgabe eines Vermögensantheils an ihre minderjährigen bei der Vertragsschließung nicht vertretenen Geschwister aufgelegt wird;
5) bei Verabredungen, nach welchen der eine Contrahent gewisse Auslagen an Dritte, welche aus dem Geschäfte erwachsen sind, bestreiten soll;
6) bei Ehepacten, wenn zu Gunsten der bei deren Errichtung nicht zugezogenen Kinder aus einer früheren Ehe z. B. bestimmt wird, daß denselben nach dem Ableben eines der mit contrahirenden Theile Etwas im Voraus gezahlt oder eine Leibzucht gewährt werden solle;
7) bei Auszugs- (Altentheils-) Verträgen, wenn dem Gutsübernehmer zu Gunsten der Gläubiger des Gutsabtretenden oder abgefundener Verwandten Auflagen gemacht werden, s. Strippelmann Samml. Th. V. S. 13.

Von den Obergerichten in Würtemberg berichtet Hufnagel in d. Mittheilungen N. F. H. I. S. 255. In dem Fall, da eine Wittwe in dem mit ihrem zweiten Ehemann geschlossenen Ehevertrag zu Gunsten ihres ehelichen, mit 729 Fl. Vatergut versorgten Sohnes den Stiefvater zu einer Aufbesserung bis auf die runde Summe von 1000 Fl. obligirte, wurde dem Sohn eine actio utilis gegen den Stiefvater zugestanden, weil seine Mutter, die für ihn stipulirte, nicht ohne eigenes Interesse*) war, da sie verbunden war, ihren Sohn auszustatten, und, soweit sein Vatergut nicht zureichte, aus eigenem Vermögen die Ergänzung zu bewirken.

*) Dieses Interesse braucht übrigens nicht nothwendig ein Geld- oder Vermögens-Interesse zu seyn. Es kann nicht minder, wie auch v. Bangerow Pand. III. S. 290. zugiebt, ein Affectionsinteresse seyn, l. 54. pr. D. 17. 1. cf. l. 7. D. 18. 7.

Digitized by Google

Das A. G. in Bautzen erkannte Ao. 1850. Wenn im Kaufe, wodurch ein Landgut von A auf B überging, gewisse dem C zu gewährende Alimente (Auszug) als dem C von B zugesichert, erwähnt werden, so ist darin kein für den Dritten unacceptirt und deshalb wirkungslos gegebenes Versprechen zu erblicken; denn nach h. z. T. geltenden Rechtsprincipien bedarf es in einem solchen Falle einer Acceptation des C gar nicht, sie ist von A als für C mit bewirkt anzusehen, Curtius Handb. §. 1281. Gottschalk Disc. for. II. 5., s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 409.

Selbst das römische Recht enthält verschiedene Modificationen des Grundsatzes, daß das Versprechen den Promittenten nur dem Acceptanten gegenüber binde. Z. B. der Dritte, in dessen Namen man Geld auslieh, und sich ein Pfandrecht bestellen ließ, erwarb die Schuld- und Hypothekenklage, l. 2. C. 4. 27.

Der Pfandschuldner konnte aus dem Wiedereinlösungsrechte, was der veräußernde Gläubiger ihm ausbedungen hatte, gegen den Käufer klagen, l. 13. pr. D. 13. 7.

Der Käufer einer Erbschaft mußte die Legate voll auszahlen, ohne die Quarta abzuziehen, wenn der Verkäufer es so bedungen hatte, l. 21. D. 35. 2.

Wenn jemand eine fremde Sache verlieh oder deponirte, mit dem Beding, daß sie dem Eigenthümer zurückzugeben sey, so konnte dieser aus dem Vertrage klagen, l. 8. C. 3. 42.

Was man in Verträgen seinen künftigen Erben versprechen ließ, konnten diese einklagen, l. un. C. 4. 11.

Das constitutum des Besitzers einer fremden Erbschaft mit dem Schuldner war für den demnächst zum Besitz gelangenden wahren Erben klagbar, l. 21. pr. D. 46. 1.

Aus der Bedingung, daß der Eidam die dos an die Tochter oder die Kinder herausgeben solle, konnten diese selber klagen, l. 45. D. 24. 3. — l. 7. C. 5. 14.

Wenn eine Schenkung unter dem Beding der demnächstigen Herausgabe an einen Dritten gemacht wurde, so konnte dieser darauf klagen, l. 3. C. 8. 55., s. Entscheid. d. G. O. Tr. zu Berlin. N. F. Bd. IV. S. 73.

Wenn ein Miterbe durch Vertrag mit seinen Miterben die Nachlaßschulden allein zu bezahlen übernahm, so ist dies, ohne daß die Creditoren an jener Uebereinkunft Theil nahmen, doch einer der Ausnahmsfälle, wo schon nach l. 38. §. 22. D. 45. 1. durch ein pactum

Digitized by Google

in favorem tertii auch diesem eine Klage gewährt ist, s. Glück P. R. Bd. IV. §. 343. Mühlenbruch Cession. Ausg. II. §. 10. u. 14.

Redhibitionsrecht.

S. 309. Fr. 1. Der Kläger hatte vom Beklagten 32 Ballen Lumpen gekauft, und klagte auf Redhibition, weil die fragliche Waare, oder ein Theil davon, eine nicht unbedeutende Beimischung von Sand oder Eisen, oder sonstigen fremdartigen Dingen enthalten habe.

Es entstand dieserhalb die Frage: ob der Kläger das Ganze schlechterdings redhibiren könne, oder nur unter der Voraussetzung, daß die Lumpen nicht ohne bedeutende Schwierigkeit oder ohne Nachtheil für die Waare von den beigemischten Gegenständen getrennt und gesäubert werden können. Das O. A. G. zu Lübeck erkannte die Redhibition unbedingt für statthaft, s. Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 139. und zwar aus folgenden Gründen:

Unter den vorliegenden Umständen muß ein jeder einzelne Ballen als ein Ganzes, als eine Sache betrachtet werden. Der Handel ist nämlich über Ballen Lumpen abgeschlossen worden, und in einem solchen Falle, wenn Waaren in Ballen, Fässern und Kisten u. dergl. verpackt sind, in der Absicht, daß sie in dieser Packung von Hand zu Hand bis zu dem Detailhändler oder Consumenten gehen sollen, und dieselben an einen Großhändler nach einer gewissen Zahl von Ballen, Fässern ꝛc. verkauft werden, — ist keine bloße Quantität, sondern die mit Waaren gefüllten Ballen ꝛc. sind Gegenstand des Kaufs; ganz besonders beim Lumpenhandel, wobei sich bekanntlich der Kaufmann mit losen Lumpen nicht befaßt, sondern es Geschäft des Sortirers ist, dieselben in Ballen, Säcke oder Fässer einzuschlagen, welche dann im Handel ohne weitere Untersuchung umgesetzt werden. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Preis der Ballen 100pfundweise bestimmt ist, da dieses eine natürliche Folge davon ist, daß der Werth des Ballens von der Quantität der Lumpen abhängt, und ganz eben so bei Sachen, welche unstreitig ein corpus ausmachen, vorkömmt. — Sind nun aber Ballen Gegenstand des Handels, und macht jeder einzelne Ballen eine einzelne Sache für sich aus, so ist auch, wenn ein Ballen in einem erheblichen Grade mit Unrath vermischt ist, dieser Ballen als eine res vitiosa anzusehen, weil derselbe eine Eigenschaft hat, welche diese Sache ordentlicher Weise nicht haben darf, und die dem Zweck des Kaufmanns — dem Wiederverkauf Hindernisse in den Weg legt. Hieraus folgt das Recht, diese Ballen zu redhibiren, von selbst, und die Grundsätze von der Trennung oder gemeinschaftlichen Redhibition

Digitized by Google

mehrerer einzelner, zusammen erkaufter Sachen kommen bei den einzelnen Ballen — so daß die Frage seyn könnte, ob der Unrath allein zu redhibiren sey — überall nicht zur Anwendung, eben weil jeder einzelne Ballen nur eine Sache ist. Freilich würde es auch hiebei aus einem anderen Gesichtspunkte darauf ankommen, ob nicht vielmehr die Absonderung des Unraths mit leichter Mühe geschehen könnte, indem, wenn dieses der Fall wäre, das vitium als ein ganz unbedeutendes erscheinen würde, wohin das vom Beklagten angeführte Beispiel gehört, wenn sich in einer Kiste mit Indigo ein Stein befindet. Aber daß eine solche Leichtigkeit der Absonderung in dem vorliegenden Falle nicht stattfindet, ist von selbst einleuchtend, da die hiezu nothwendige Oeffnung und Durchsuchung der Ballen eine höchst widrige Operation ist, mit welcher sich kein Großhändler befaßt; mithin schon die Nothwendigkeit, diese Operation vorzunehmen, als ein erhebliches vitium betrachtet werden muß, wodurch der Ballen aufhört, Kaufmannswaare zu seyn. Man kann auch hiegegen nicht einwenden, daß diese Säuberung vom Beklagten beschafft werden müsse; denn sobald ein an sich zur Redhibition geeigneter Fehler vorhanden ist, geben die Gesetze dem Käufer ein unbedingtes Recht zu redhibiren, und der Verkäufer kann der Redhibition nicht dadurch entgehen, daß er die Sache von dem Fehler befreit, oder eine andere fehlerfreie liefert.

Den hier aufgestellten Satz: wenn ein nicht ganz unbrauchbares, sondern nur einen beschränkten Gebrauch gewährendes Thier redhibirt wird, so sind die vom Käufer darauf verwandten Fütterungskosten nur in soweit nicht aufzurechnen, als ihr Betrag durch den wirklich gezogenen Nutzen aufgewogen wird, behauptet auch Unterholzner im civil. Archiv Bd. VI. S. 94. not. 69. gegen die Meinung Einiger, welche ganz allgemein die Fütterungskosten mit dem Vortheil der Benutzung des Thiers compensirt wissen wollen, wie Sintenis im Civilr. Bd. II. S. 617. u. Gesterding in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. Bd. VI. S. 28. Ein Erk. d. O. A. G. in Oldenburg in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 142. nimmt an, daß die Worte cibaria non esse imputanda in l. 30. §. 1. D. 21. 1. bezüglich des darin unterstellten Falles als eine Vorschrift für den in judicio bonae fidei urtheilenden Richter anzusehen seyen: daß zur Vermeidung kleinlicher und weitläufiger Erklärungen und Beweisführungen, einerseits über gegebene Nahrungsmittel, andererseits über gezogene Nutzungen ꝛc., Fütterungskosten und Nutzungen in der Regel aufzurechnen sind, falls nicht aus besondern Gründen z. B. bei einer wegen schlechter Beschaffenheit der verkauften Sache unverhältnißmäßig geringen Nutzung dem Richter diese

S. 317. Fr. 7.

Digitized by Google

Aufrechnung unbillig, unangemessen erscheint. Ackermann in den Rechtssätzen. N. F. I. S. 186. bezieht überhaupt die Vorschrift der l. 30. §. 1. D. 21. 1., daß die Fütterungskosten mit dem Vortheil des Gebrauches zu compensiren seyen, nur auf die Periode vor der Litiscontestation. Später tritt wegen der mora accipiendi des Verkäufers das Gegentheil ein, wiewohl der Verkäufer, soweit er Nutzen, den der Käufer wirklich bezog, erweisen kann, diesen abrechnen mag.

S. 319. Fr. 9. Die Ansprüche aus dem ädilitischen Edict, soweit sie im Wege der Einrede geltend gemacht werden, sind der Klagverjährung nicht unterworfen, s. Erk. d. Würtemberg. O. Tr. in Hufnagels Mittheil. H. 2. S. 213.

Nicht immer und nicht absolut wird die Redhibition dadurch ausgeschlossen, daß der gerügte Mangel ein sichtbarer war; denn wer z. B. eine beträchtliche Quantität in Ballen und Kappen befindlichen Tuches kauft, kann nicht ohne Auseinanderschlagen des Tuches, welche aber beim Großhandel nicht nur nicht gewöhnlich, sondern auch nicht thunlich ist, und ohne eine, längere Zeit erfordernde Untersuchung des Inhalts der einzelnen Ballen zur Erkennung der Mängel gelangen. Treitschke Lehre v. Kaufcontract §. 94., s. Erk. d. O A. G. in Dresden, im Wochenbl. f. Rfälle 1848. Nr. 7.

Die Jahresfrist, binnen welcher die act. quanti minoris verjährt, wird zwar regelmäßig von der Zeit des Kaufsabschlusses an gerechnet, jedoch ausnahmsweise ist sie bei einem unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Kauf nicht vom Moment des Kaufsabschlusses, sondern von der Zeit an, wo die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, zu rechnen, l. 43. §. 9. D 21. 1., und wenn die Klage wegen eines dictum promissumve angestellt wird, welches erst nach dem Abschlusse des Kaufs gegeben worden ist, von der Abgabe dieses Versprechens an, l. 19. §. 6. D. 21. 1.

S. 324. Fr. 13. Die Rescissionsklage wegen eines verheimlichten Mangels betreffend.

Es war eine am Muldenstrome gelegene Wassermühle Ao. 1844. verkauft worden.

Ao. 1846. erhob der Käufer gegen den Verkäufer Klage auf Rescission des Kaufes, weil ihm vom Beklagten verschwiegen worden, daß im Jahr 1795. ein Vorbesitzer der Mühle das Muldenwasser für 2200 Thlr. an N. unter gewissen precarischen Gestattungen verkauft habe, und daher der Mühle das Recht auf das Muldenwasser nicht zustehe.

Digitized by Google

Der dagegen erhobenen Einrede, daß der Kläger, nachdem er das Verhältniß hinsichtlich des verkauften Wassers erfahren, die Mühle im Besitz behalten und benutzt, auch — um dem Mangel möglichst abzuhelfen — Veränderungen und Verbesserungen vorgenommen habe, wurde keine Folge gegeben. Es wurde nämlich erkannt: durch die vorgenommenen Veränderungen hat Kläger das Recht nicht verloren, den Beklagten wegen des von diesem ihm verschwiegenen Mangels in Anspruch zu nehmen. Die Gesetze schließen den Anspruch des Käufers auf Redhibition nur dann aus, wenn er über die gekaufte Sache nach erfahrenen Mangel so disponirt hat, daß sie aufgehört, dieselbe Sache zu seyn, oder daß der Käufer nicht mehr sich im Stande befindet, sie zurückzugeben, l. 47. pr. D. 21. 1. — l. 25. § 1. D. 21. 2. keineswegs auch schon dann, wenn sich der Käufer sonst als Eigenthümer gerirt hat. Dies ergiebt sich schon daraus, daß der Käufer, nachdem er die Sache verpfändet hatte, l. 21. §. 1. l. 47. §. 8. de aed. Edict. oder dann, wenn die Sache durch die Schuld des Käufers oder der Seinigen schlechter geworden ist, und daher nicht mehr im unveränderten Zustande zurückgegeben werden kann, l. 1. §. 1. l. 23. pr. l. 25. pr. §. 1. de aed. Ed. den Anspruch auf Redhibition behält, nur daß dann der Käufer den Verkäufer entschädigen muß.

Nun läßt sich zwar noch der Gesichtspunkt der stillschweigenden Willenserklärung geltend machen. Allein in dieser Beziehung muß große Vorsicht angewendet, und bei der Verschiedenheit der Verhältnisse jeder concrete Fall in das Auge gefaßt werden, um zu ermessen, ob die Handlung des Käufers auch wirklich eine solche war, daß mit logischer Nothwendigkeit daraus folgt, der Käufer habe von dem Mangel, nachdem er ihm bekannt geworden, abgesehen, und sich der ihm deshalb zustehenden Ansprüche begeben wollen. Auch ist insonderheit der wesentliche Umstand nicht zu übersehen, welcher stattfindet, zwischen dem am häufigsten vorkommenden Falle der Disposition über erhandelte Kaufmannswaaren, und dem Falle, wenn ein Grundstück verkauft und dem Käufer übergeben worden ist. Aus Verfügungen über erkaufte Kaufmannswaaren wird die fragliche Folgerung weit eher gezogen werden können, als aus einzelnen Veränderungen an einer erkauften Grundbesitzung, s. Erk. d. O. A. G. zu Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rfälle. 1848. Nr. 14.

Eviction.

Hinsichtlich der Gewährleistung für Flächengehalt und Gränzumfang ist zu bemerken: nach den altcivilistischen Rechtsbe- S. 324. ꝛc.

Digitized by Google

stimmungen gehörte es zu den wesentlichen Verbindlichkeiten dessen, der einen fundus verkaufte, ihn nicht nur besitzfrei zu tradiren (possessionem vacuam tradere), sondern auch dem Käufer die Grenzen genau zu zeigen. (Fines demonstrare.) Diese demonstratio finium hat dann das Uebergewicht über eine Angabe des geometrischen Flächeninhalts, wie aus l. 45. D. 21. 2. hervorgeht. Wenn nach dem darin angegebenen Beispiel der Verkäufer den Flächeninhalt des dem Käufer übergebenen Grundstücks zu 100 Jugera angab, während die ihm gezeigten Grenzen mehr als das angegebene Flächenmaas einschlossen, so soll dennoch der Käufer gegen ihn mit der Kaufklage Gewährleistung wegen einer in Bezug auf das erkaufte Grundstück gegen ihn durchgeführten Particulareviction fordern dürfen, sollte auch die nach Abrechnung des evincirten Stückes verbleibende Arealfläche noch volle hundert Jugera erfüllen. Die Maasbestimmung wird als eine im Interesse des Käufers hinzugefügte betrachtet, und zwar in der negativen Bedeutung, daß das Grundstück nicht weniger als das angegebene Flächenmaas enthalte. Durch die demonstratio finium tritt der Gesichtspunkt der quantitativen Bestimmung in den Hintergrund, die sachliche Bestimmtheit wird das Normirende, s. Müller Lehre v. d. Eviction. Th. I. S. 241., vergl. Glück P. K. Bd. XVI. S. 85 ꝛc. Hufnagel Mittheilungen. N. F. H. I. S. 314. In der l. 10. C. 8. 45. Si fines agri venditor demonstravit et legem dixerit, intra eos neminem ingressurum, si quid inde evincatur, periculo fit auctoris. — Quodsi finibus suis, quos demonstravit, vendidit, lis finalis ad venditorem non pertinet. scheint zwischen dem ersten und zweiten Satz ein Widerspruch zu liegen. Derselbe löst sich aber durch die Beachtung der Verschiedenheit theils der materiellen Voraussetzungen, theils der damit in Verbindung stehenden richterlichen Behandlungsweise der controversia de fine und derjenigen de loco und de proprietate. Die letztere gehörte stets, der Streit de loco wenigstens unter Umständen, nicht der de fine (lis finalis) in das actionenrechtliche Gebiet der Evictionsgründe, s. Müller l. c. S. 246.

Die Anwendbarkeit der stipulatio duplae kann, in so weit sie durch Eigenthümlichkeiten bedingt ist, welche im römischen Recht dieselbe als Formalact charakterisiren, für das heutige Recht nicht mehr behauptet werden. Dagegen müssen diejenigen Bestimmungen des röm. Rechts auch h. z. T. noch praktisch brauchbar erscheinen, welche nicht durch das individuelle Wesen des Formalacts bedingt sind. — Die Frage, ob überhaupt noch eine Begründung der Evictionsverbindlichkeit durch Vertrag, und namentlich durch die Verabredung einer Conventional-

Digitized by Google

strafe zulässig sey, ist eben so gewiß zu bejahen, als die Frage: ob die Contrahenten rücksichtlich der Höhe der Straffumme auf das duplum beschränkt seyen, zu verneinen ist. Nur in dem Falle; wenn der Betrag der Strafe überhaupt unbestimmt gelassen oder blos auf das id quod interest beschränkt geblieben wäre, würde der Richter bei Ermittelung desselben an die Einhaltung des gesetzlichen Maximums, wie solches durch die l. un. C. 7. 47. vorgezeichnet ist, gebunden seyn, l. 44. D. 19. 1. Müller l. c. S. 82 — 84.

Wenn das Kaufsobject mit Hinblick auf ein bestimmtes Maas bestimmt, z. B. nach Ackergrößen der Preis berechnet ist, so hilft es dem Verkäufer nicht, mittelst einer Schätzung darthun zu wollen, daß der Werth gleichwohl dem bedungenen Preis gleich komme, l. 3. §. 2. D. 11. 6. l. 69. §. 6. D. 21. 6. — l. 32. D. 19. 1. — l. 18. §. 3. D. 14. 3. Ackermann Rechtssätze. N. F. I. S. 9.

Ueber den Inbegriff oder Umfang der einfachen Evictionsverbindlichkeit spricht sich Glücks P. K. Bd. XX. S. 332. dahin aus: „Hier wird überall nur auf den Werth gesehen, für welchen die Sache dem evictus bei Schließung des Contracts überlassen wurde." — Diese ganz fehlgegriffene Behauptung kann durch die von ihm angeführten blos vom Fall einer Alluvion handelnden und daher ganz unpassenden Gesetzstellen nicht gerechtfertigt werden, vielmehr muß der Verkäufer nicht nur den empfangenen Kaufpreis nebst Zinsen, sondern den Werth, welchen die Sache zur Zeit der Eviction hatte, mit Zinsen vergüten. Dies kann mehr oder weniger als den Kaufpreis betragen, je nachdem die Sache seitdem mehr oder weniger werth geworden ist, l. 66. in f. 70. D. 21. 2. ut quanti sua interest, actor consequatur: scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa etc. Schilling Lehrb. Bd. III. §. 296. Schweppe röm. Privatr. §. 442. Puchta Vorlesungen. Bd. II. S. 204. Mackeldey Lehrb. d. r. R. §. 370. u. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 143. S. 324. ꝛc.

In Betreff der Streitfrage, ob der Verkäufer für verschwiegene passive Realservituten evictionspflichtig sey, hat sich der neueste Schriftsteller über diese Materie, Müller von der Eviction Th. I. S. 196. in einer wiederholten Discussion der bereits von uns vorgetragenen Gründe pro et contra der Meinung zugewendet, daß ein Regreß überhaupt nur wegen dolus oder ausdrücklichen Versprechens, und unter dieser Voraussetzung nur aus dem Gesichtspunkte einer Eviction begründet sey. — E diametro entgegen wurde in einem von der Juristenfacultät in Marburg im Namen des O. A. G. in Lübeck ver- S. 327. Fr. 2.

Digitized by Google

faßten Erkenntniß angenommen, daß der Verkäufer selbst dann wegen einer nicht angezeigten Servitut haften müsse, wenn gleich die natürliche Lage des Grundstücks diese Servitut von selbst und augenscheinlich mit sich bringt, s. Bremer Samml. 1850. S. 282.

In Ansehung nicht angezeigter Lasten und Abgaben tritt der Verf. der gewöhnlichen Meinung bei: daß der Verkäufer eines Grundstücks nicht Entschädigungspflichtig wegen solcher Steuern und Abgaben sey, welche als allgemeine und gewöhnliche Lasten und Abgaben zu betrachten sind. Nur wenn er die Abgabenfreiheit ausdrücklich versicherte, oder die Abgaben, gleichviel ob geflissentlich oder aus Irrthum, zu einem geringeren als ihrem wirklichen Betrage angab, l. 9. C. 4. 49., oder wenn Abgaben, sollten sie auch öffentliche seyn, zur Klasse der außerordentlichen gehören, l. 41. D. 19. 1. — l. 21. §. 1. D. 19. 1., vergl. Glück P. K. Bd. XVI. S. 127. und ihm nicht eine entschuldbare faktische Unwissenheit zur Seite stand, z. B. bei erbschaftlichen Grundstücken, l. 21. §. 1. cit. *) haftet er dem Käufer für verhältnißmäßige Schadloshaltung, Müller l. c. S. 233.

In Betreff activer Realservituten werden folgende Grundsätze aufgestellt: ist das zu gewährende Servitutrecht selbst der unmittelbare Hauptgegenstand des Uebertragungsgeschäfts, so tritt Evictionsverbindlichkeit ohne Zweifel ein. Ist dasselbe aber nicht das nächste und ausschließende Object des Geschäfts, so ist zu unterscheiden: wenn der Verkäufer die Zuständigkeit der Realservitut geflissentlich verschwieg, so haftet er dem Käufer, welcher sie in Folge seiner Unbekanntschaft mit ihrem Daseyn durch Nichtgebrauch verlor, wegen seines dolus mit der Contractsklage auf vollen Schadenersatz; war sie ihm aber unbekannt, oder ist sie von ihm ohne dolus beim Abschlusse des Handels nicht ausdrücklich erwähnt worden, so besteht keine Verpflichtung zur Evictionsleistung, l. 66. pr. D. 18. 1. Es würde eine grundlose Annahme seyn, zu behaupten, daß sie als solche Eigenschaften oder Accessionen aller fundi zu betrachten seyen, deren allgemeine Vertretbarkeit sich von selbst verstehe, l. c. S. 173.

S. 327. Fr. 12. Der Verkäufer, welcher vom Käufer einer mit Eviction bedrohten Sache auf Rescission des Kaufgeschäfts wegen dolus causam dans contractui oder auf Bestellung einer Sicherheit wegen drohender Eviction belangt wurde, kann sich mit der jedoch von ihm zu beweisenden Einrede schützen, daß der Käufer bei dem Handel die Verhältnisse eben

*) Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, l. 42. D. 50. 17.

Digitized by Google

so gut gekannt habe, l. 27. 30. C. 8. 45. Archiv f. d. Praxis d. im G. H. Oldenburg geltenden Rechts. Bd. III. S. 362.

Compensation.

Ueber den bestrittenen Sinn des Satzes: compensatio fit ipso jure, welcher besonders im Concurse des Schuldners, wenn der Gläubiger, welcher zugleich Schuldner des Cridars ist, nun compensiren will, von praktischem Interesse ist,*) hat neuerlich Brinz in der Lehre v. d. Compensation. Lpz. 1849. die von uns nach dem Vorgang der meisten neueren Rechtsgelehrten angenommene Meinung gegen die Dissentienten, namentlich Glück P. R. Bd. XV. S. 105. Bayer Concursproceß §. 33. umfänglich vertheidigt. Uebereinstimmend sind Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 97., wo auch von älteren Rechtsgelehrten z. B. Kreittmair Anmerk. zum B. Landr. Th. IV. Kap. 15. §. 1. Mevii Dec. P. VII. Dec. 127. die conforme Ansicht angeführt ist. Unsere Behauptung bezieht sich übrigens wesentlich auf solche Fälle, in welchen sich Forderung und Gegenforderung ohne besonderen in dem speciellen Rechtsverhältnisse gegründeten Zusammenhang gegenüber stehen, §. 30. J. 4. 6. In den kaufmännischen Conto corrente ist die erforderliche Erklärung des Willens zu compensiren schon mit der Begründung des Geschäftsverhältnisses faktisch gegeben, indem der Conto corrent eine fortlaufende Aufrechnung der gegenseitigen Posten seiner Natur nach mit sich bringt. S. 345. Fr. 1.

*) Wenn nämlich die Compensation durch eine bestimmte Willenserklärung desjenigen, welcher compensiren will, bedingt ist, so fragt sich, ob diese Willenserklärung dann noch auf wirksame Weise geschehen könne, wenn über das Vermögen desjenigen, gegen den compensirt werden will, bereits Concurs ausgebrochen ist. — Der oberste Gerichtshof in Dresden sprach für die Zulässigkeit der Compensation in einem Falle, wo derjenige, welcher eine betagte Schuld an den Cridar zu zahlen hatte, deren dies aber erst nach dem Concurs eintrat, noch vor dem Concurs sich eine fällige Forderung an den Cridar hatte cediren lassen, mit welcher er nun gegen den darauf klagenden Massecurator compensiren wollte, s. Seufferts Archiv Bd. II. H. I. S. 155. Streng genommen möchte man hier wohl der Compensation nicht statt geben. Zur Zeit des Concurses hatten nämlich die beiden Forderungen noch bestanden, die Forderung des Gemeinschuldners wurde Bestandtheil der Gantmasse, für die Forderung des anderen Theils aber war die Folge des Concurses eingetreten, nach welcher keine Einzelnbefriedigung mehr zulässig ist, sondern jeder Gläubiger die Befriedigung nach Maasgabe der gantrichterlichen Location gewärtigen muß. Der Gerichtshof schien keinen Unterschied zwischen Existenz und Fälligkeit der Forderung zu machen.

Digitized by Google

S. 345. not. *) Compensation mit der Forderung des Correalschuldners betreffend, cf. S. 98. lit. a.

Aus l. 10. D. 45. 2. Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet; folgt vermöge des Argumentes a contrario, daß im Falle die zwei rei promittendi Gesellschafter sind, der Eine derselben sich der Forderung des Andern zur Compensation gegen den Gläubiger bedienen könne, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Kritz Samml. v. Rechtsfällen. Bd. III. S. 243.

S. 353. Fr. 7. Compensation. Der Satz, daß ungeachtet des Privilegiums des fiscus, wonach derjenige, welcher gegen ihn compensiren will, auf eadem statio beschränkt ist, doch nicht umgewandt der Schuldner einer Specialkasse des fiscus dasjenige in Abrechnung bringen könne, was er von einer anderen fiscalischen Kasse zu fordern hat, wird bestätigt durch ein Präjudiz d. G. H. Badenschen Oberhofger. in den Jahrbüchern desselben v. J. 1843/44. S. 41.

Fr. 8. Zur Erläuterung dient folgender Rechtsfall: E. war dem R. noch 300 Fl. Hauskaufschillingsrest schuldig; R. verübte in der Nacht vom 19. auf den 20. August 1828 eine Brandstiftung, durch welche ein auf 27,989 Fl. 21 Xr. taxirter Gesammtschade entstanden war, und insbesondere E. einen Verlust von 800 Fl. erlitten hatte. Daß R. der Brandstifter war, wurde erst in Folge einer zu Ende des Jahres 1830 beendigten Criminaluntersuchung zur Gewißheit, und hiedurch erst ergab sich bei R. eine vorher nicht bestandene Insolvenz. In Folge der hierauf am 8. März 1831 erfolgten Concurseröffnung liquidirte E. seine Schadensforderung von 800 Fl. mit dem Beifügen, daß er damit seinen Hauskaufschillingsrest als mittelst Compensation getilgt ansehe. Gegen die Zulässigkeit der Compensation wandte der Massacurator ein; daß die Gegenforderung des E. vor Entstehung des Concurses noch nicht liquid und folglich nicht zur Compensation geeignet gewesen, wozu es auch an dem Erforderniß einer par causa mangle. Der letztere Einwand war wohl von der mindesten Bedeutung, denn der Entstehungsgrund der Forderung ist hier ganz gleichgültig, nur die Gegenstände der Forderungen müssen gleichartig seyn, beide Forderungen hatten aber Geld zum Gegenstand, s. Glück P. R. Bd. XV. §. 930. S. 72. Aber auch das prätendirte Erforderniß der Liquidität der E'schen Schadensforderung war nicht begründet, denn die rechtliche Wirkung der Compensation hängt nicht von der Liquidität, sondern von der Existenz der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung ab. So lehrt auch Brinz in seiner neuesten Monographie: die Lehre von

Digitized by Google

der Compensation S. 152. „Liquidität ist nicht erforderlich zur Compensation connexer Ansprüche, und auch nicht zur Compensation nicht connexer aber gleichartiger Forderungen.“ Entstanden war demnach die E'sche Schadensforderung unstreitig lange vor dem Concursausbruch. Da aber auch damals schon die materielle Insolvenz des R. vorhanden war, und erkennbar gewesen wäre, wenn er damals schon als Urheber des durch Brandstiftung verursachten Schadens von 27,989 Fl. 21 Xr. geständig oder überwiesen gewesen wäre, so kam in Frage, ob denn E. durch die materielle Insolvenz des R. oder dessen concursus imminens, welcher während der gegen ihn der Brandstiftung wegen eingeleiteten Criminalunterſuchung anzunehmen war, nicht verhindert war, zu compensiren. Das Obergericht entschied: gleichwie E. damals noch gültig Zahlung an R. leisten konnte, so konnte er auch gültig compensiren, s. Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen Nr. 66., vergl. Schweppe System des Concurses. §. 61.

Kann der im Concurse vom Massacurator belangte Schuldner des Cridars die Compensationseinrede in Beziehung auf Gegenforderungen gegen den Cridar, welche vor der Concurseröffnung entstanden sind, entgegensetzen, ohne die Forderung (sofern sie den Betrag seiner Schuld nicht überschreitet) im Concurse anmelden zu müssen? S. 356. Fr. 9.

Uebereinstimmend mit unserer Behauptung bejaht v. Scheurl im 2. Heft seiner Beiträge zur Bearbeitung d. röm. Rechts S. 172. diese Frage; zwar nicht, wie man zu sagen pflegt, weil zur Zeit des Concurses weder Schuld noch Forderung mehr existirte, s. Bayer Theorie des Concursprocesses §. 33., denn an sich wird die rechtliche Existenz der beiderseitigen Forderungen durch ihr Gegenüberstehen keineswegs alterirt. Aber jenes mit der Entstehung der Gegenforderung ein für allemal erworbene Recht des Schuldners, die quantitative Einwirkung derselben auf seine Schuld geltend zu machen, sich darauf zu berufen, wie l. 4. D. 16. 2. es ausdrückt, se ipso jure eo minus debere, quod ex compensatione retinere possit, kann durch den Concurs des Gläubigers nicht aufgehoben werden, wie dafür auch das alte Recht der actio cum deductione des bonorum emtor spricht. Gajus IV. §. 65.

Für die hier vorzugsweise geltend gemachte Meinung, daß das Versprechen baar zu bezahlen, die Compensation ausschließe, ist auch anzuführen, Emminghaus ad Cocceji XVI. 2. qu. 1. Krug Compens. S. 218. S. 356. Fr. 10.

Einer zur Compensation gebrauchten Forderung kann nicht mit dem Einwande der Verjährung begegnet werden, wenn die andere For- S. 357. Fr. 11.

Digitized by Google

derung, gegen welche compensirt werden will, vor Ablauf der Verjährungszeit bereits entstanden war. Zwei Forderungen erlöschen von Rechtswegen von dem Zeitpunkt an, da sie einander gegenüber zu stehen angefangen haben. Diese von Rechtswegen eintretende Compensation wirkt nach Analogie der Zahlung. Ist aber eine Forderung wie durch Zahlung getilgt, so kann von einer späteren Erlöschung derselben durch Verjährung nicht die Rede seyn. Keinen Unterschied macht es hiebei, daß etwa die Forderung, gegen welche mit der angeblich verjährten compensirt werden will, bei Erhebung des Processes noch illiquid war, denn der Grundsatz „liquidi cum illiquido non est compensatio gilt nur von dem Falle, wenn gegen eine liquide Forderung mit einer illiquiden compensirt werden will, nicht aber von dem umgekehrten, s. Erk. d. Berliner Cassations- und Revisionshofs im Archiv f. Civ. u. Crim.-R. in den Preußischen Rheinprovinzen. N. F. Bd. 32. Abth. 2. S. 69.

Novation.

S. 359. Fr. 1. Der Rechtssatz: daß eine Novation niemals präsumirt werden dürfe, und daß es um so weniger einer ausdrücklichen Verwahrung bedürfe, nicht noviren zu wollen, daß aber, um eine Novation anzunehmen, gleichwohl auch nicht die wörtliche Erklärung derselben vorliegen, sondern überall die Handlung selbst das Urtheil bestimmen müsse, ist von Fein in d. Beitr. zur Lehre von der Novation u. Delegation, Jena 1850. durch eine gründliche Erklärung der l. 8. C. 8. 42. gegen die von uns bereits angeführten Dissentienten gerechtfertigt worden. Daß Justinians Absicht bei Erlassung der l. 8. cit. auf nichts anderes und weiteres ging, als die Ambiguitäten zu beseitigen, welche daraus entstanden waren, daß die älteren römischen Juristen, wie aus §. 3. J. 3. 30. Theoph. paraphr. ad §. 3. cit. Gaj. III. § 176—179. zu entnehmen ist, für Fälle gewisser Art Rechtsvermuthungen für eine Novation aufgestellt hatten, ohne indessen unter sich selbst über solche einig zu seyn (§. 3. J. cit.), sagen schon die Eingangsworte, *veteris juris ambiguitates* resecantes etc. und zur Erreichung dieses Zwecks wählte er eben das directe Gegenmittel verb. generaliter definimus, *voluntate solum* esse *non lege* novandum. Also nur aus der Willenshandlung soll das Urtheil geschöpft werden, wie es in den Schlußworten heißt: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. Damit ist also wohl deutlich ausgesprochen, daß weder ein Gesetz etwas darüber bestimmen, noch daß es geradezu auf Worte, sondern mehr auf die Natur der Sache ankommen könne.

Digitized by Google

Wenn es gleichwohl daselbst weiter heißt: eine Novation solle nicht angenommen werden, nisi ipsi (d. i. die Partheien) specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc *expresserint*, quod secundam magis pro anterioribus elegerint, worauf die Dissentienten ihre Meinung stützen, daß eine wörtliche Erklärung nothwendig sey, um eine Novation anzunehmen, so kann man dies, ohne gerade in Widerspruch mit den vorausgegangenen Worten: hoc non verbis extrinsecus supervenire volumus, zu verfallen, und ohne die unverkennbare Meinung des Kaisers zu verfehlen, daß nur auf das id, quod actum, est, gesehen werden solle, wie dies auch in mehreren anderen Stellen gesagt ist, l. 2. l. 6. pr. l. 7. l. 8. §. 1. 2. 3. 5. l. 26. D. 46. 2. (wo zuweilen auch von einem specialiter actum esse die Rede ist, l. 29. l. 31. §. 1. D. 46. 2. l. 58. D. 45. 1., vergl. l. 6. §. 1. D. 18. 1. potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est,) unmöglich bloß von einem verbis exprimere verstehen, sondern wie in l. 77. §. 3. D. 35. 1. von einem quovis voluntatis judicio exprimere, da ja der Willensausdruck durch die verschiedenartigsten Mittel geschehen kann.

Delegation.

Zur Beleuchtung der Lehre von der Delegation mag folgender S. 365.
von Fein in d. Beitr. zu der Lehre v. d. Novation und Delegation gründlich begutachteter Rechtsfall dienen. B. verkaufte an D. laut eines am 27. Mai 1845. schriftlich vollzogenen Kaufcontracts sein Wohnhaus mit der darin befindlichen Apotheke incl. aller zu dieser gehörigen Vorräthe, Utensilien ꝛc. für 6250 Thlr., indem er zugleich zu Gunsten des Käufers die ihm landesherrlich verwilligte Apotheker- und Material-Concession niederlegte. Vom Kaufgelde sollten 3000 Thlr. auf 3 nach einander folgende Jahre gegen 4 Proc. Zinsen stehen bleiben, nach deren Ablauf der Käufer 1500 Thlr. bezahlen sollte, wornächst sich der Verkäufer bis zur vollständigen Berichtigung der Kaufgelder das Eigenthumsrecht an dem verkauften Wohnhause sammt der Apotheke vorbehielt. D. verkaufte indessen bald darauf, nämlich schon am 26. August desselben Jahrs Haus und Apotheke an K. Im Kaufcontract wurden wegen der an B. rückständig gebliebenen 3000 Thlr. Kaufgelder folgende Bestimmungen getroffen: Dieselben bleiben unter nachfolgenden Bedingungen: 1) daß die Zinsen in halbjährigen Raten bezahlt werden; 2) daß B. berechtigt ist, das ganze Capital zu kündigen, wenn K. nicht pünktlich zur Verfallzeit die Zinsen zahlt; 3) daß die Apotheke bis dahin, wo die dem B. gehörigen Gelder auf dieselbe hypothekarisch eingetragen sind, in der Feuerversicherungsbank zu M.

Digitized by Google

mit 2000 Thlrn. versichert wird; ferner 2000 Thlr. auf 3 Jahre und 1000 Thlr. auf 2 Jahre unaufkündbar auf der Apotheke hypothekarisch eingetragen stehen, und behält sich B. ausdrücklich Eigenthumsrechte an der Apotheke so lange, und bis diese 3000 Thlr. nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor.

D. übernimmt die Verbindlichkeit, daß B. in Form Rechtens diesen Vertrag mit unterzeichnet. Letzteres erfolgte, und die 3 Interessenten erkannten den Vertrag vor dem Justizamt an, indem sie die sub 3. gestellte Bedingung dahin erläuterten, daß dem B. wegen der dem K. dargeliehenen 3000 Thlr. außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle.

Zu diesen urkundlichen kommen noch folgende außergerichtliche Thatsachen hinzu: 1) B. hat dem D. kurz vor Abschluß des zuerst erwähnten Kaufvertrags brieflich die Zusicherung ertheilt, daß er aus dem reinen Medicinalgeschäfte in den letzten 5 Betriebsjahren eine Brutto-Einnahme von durchschnittlich gegen 1000 Thlr. gezogen habe. 2) Dieselbe Versicherung hat D. wiederum seiner Seits seinem Käufer K. kurz vor dem Abschlusse des Kaufvertrags und zwar gleichfalls brieflich ertheilt. 3) B. hat aber laut seiner Geschäftsbücher in seinen letzten 5 Betriebsjahren nur eine Durchschnitts-Einnahme von höchstens 580 Thlrn. und auch diese nur mit Hülfe des verbotenen Selbstdispensirens bezogen. 4) D. hat dem B. wegen der rückständigen Kaufgelder bei Gelegenheit der gerichtlichen Contracts-Verlautbarung ausdrücklich eine Hypothek eingeräumt. 5) D. hat von dem wahren sub 3 angegebenen Sachverhältnisse bereits vor dem Verkaufe der Apotheke an K. Kenntniß gehabt. 6) K. selbst hat während seines 2jährigen Gewerbsbetriebs bei aller möglichen Sorgfalt nur eine durchschnittliche Brutto-Einnahme von 451 Thlr. 6 Sgr. 5 Pf. erzielt. 7) Der wahre Werth der Apotheke besteht demnach, sobald man die sub 3. angeführte Durchschnitttssumme von 580 Thlrn. zu Grund legt, nicht in 6500 Thlrn., sondern nur in 3000 Thlrn. und ist sie zu diesem Werthe durch den Apotheker und Chemiker S. abgeschätzt worden. 8) D. hat nun anderwärts sein Domicil, und ist über den Stand seines Vermögens keine Kenntniß zu erlangen gewesen. K. will deshalb nun dem B. die Zahlung der 3000 Thlr. Kaufgelderrest, welche er auf der Apotheke stehen gelassen, verweigern, um sich für die erlittene laesio enormis schadlos zu halten, obgleich in dem Verkaufsvertrag zwischen D. und K. ausdrücklich auf die Einrede der Verletzung über oder unter der Hälfte entsagt ist.

Abgesehen von der Frage, ob dieser Verzicht dem K. schade, während D. ihn doloser Weise herbeigeführt hat, welche Frage wohl ver-

Digitized by Google

meint werden müßte, s. Fein l. c. S. 21. kommt es uns für unseren Zweck nur darauf an, diejenigen Rechtsbeziehungen bestimmt zu ermitteln, in welche **B.** durch seinen Beitritt zu dem Kaufcontract vom 26. August 1845. zu dem D. einer- und dem K. andererseits getreten ist.

Sowohl nach allgemeiner Ansicht, als nach mehreren — hier zu weit führenden Specialien des Falles war derselbe als eine Delegation aufzufassen. D. ist aus dem Geschäftsverhältniß geschieden, und hat dem B. mit dessen Zustimmung, einen anderen Schuldner, den K. eingestellt. B. hat demnach gegen K. die Klage des Delegatars gegen den Delegaten auf die von diesem übernommene Schuld, und es fragt sich nun, ob der Delegat, nämlich der benachtheiligte Käufer K. sich gegen B. mit Einreden schützen könne, und mit welchen?

Wir sind im Bd. II. Abth. II. S. 364. not. *) der gewöhnlichen anscheinend auch in den ergangenen Erkenntnissen angenommenen Ansicht gefolgt, daß dem **debitor delegatus** diejenigen Einreden nicht zu statten kommen, deren sich der **debitor delegans** gegen seinen Gläubiger bedienen konnte, wonach dem K. nichts übrig bliebe, als seinen Regreß gegen den Deleganten D. zu nehmen, von welchem vielleicht nichts zu erholen ist. Diese Lehre hält jedoch Fein l. c. S. 35. nicht für begründet, vielmehr scharfe Trennung zweier Fragen für nothwendig:

1) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche er, der Delegat, dem Deleganten hätte opponiren können?
2) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche der Delegant dem Delegatar hätte opponiren können?

Die erste Frage muß ohne Zweifel verneinend beantwortet werden, l. 19. D. 46. 2. Der nächste Grund ist der, daß ja der Gläubiger nur sein Forderungsrecht realisirt, und nur verlangt, was ihm gebührt, von ihm aber nicht verlangt werden kann, daß er jedesmal, wenn er von seinem Schuldner statt baarer Zahlung einen neuen Schuldner annimmt, erst vorher genaue Erkundigung über das zwischen dem Deleganten und Delegaten obwaltende Rechtsverhältniß einziehe.

Die zweite Frage glaubt hingegen Fein bejahen zu müssen, weil hier der vorbemerkte Grund für die entgegengesetzte Entscheidung, **creditor suum recepit** nicht eintritt. Dies kann nämlich nicht gesagt werden, wenn der Delegatar nur eine Scheinforderung hatte, indem sie durch **exceptio** elidirt war. Es kann auch nicht gesagt werden, wenn der Delegatar Donatar des Deleganten war, denn da hatte der Delegatar ja nichts zu fordern, versirt vielmehr blos in **lucro**, und da entscheidet l. 7. pr. D. 44. 4. — l. 2. §. 3. D. 39. 5., wenn der

Digitized by Google

Delegant dem Delegatare donandi causa Jemanden überwiesen hat, der sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten hielt, so kann sich der Delegat allerdings mit der exc. doli gegen den Delegatar schützen. Wenn aber der Donatar sich alle Einreden gefallen lassen muß, die gegen den Deleganten opponirt werden konnten, so muß sich dies auch der Scheingläubiger gefallen lassen, dessen Forderung durch exceptio elidirt wird.

Der vorausgeschickte Fall war den factischen Prämissen nach der: K. versprach das Geld, welches er dem D. schuldig zu seyn glaubte, dem B., welchen D. für seinen Gläubiger hielt. Darüber entscheidet aber l. 2. §. 4. D. 39. 5. — l. 7. §. 1. D. 44. 4. *) si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero: petentem doli mali exceptione summovebo. Julian sagt hierüber: haec sententia habet humanitatem. Wenn K. ohne Hülfe die 3000 Thlr. an B. zahlen müßte, so dürfte B. sie ja doch nicht definitiv behalten, denn K. nähme dann seinen Regreß an D. und D. ginge wieder auf B. zurück, wodurch nur eine Kette von Regreßklagen erzeugt würde.

Schenkung.

C. 381. Fr. 2. a. E. In dem Satz: „haben sich zwei Personen wechselseitig etwas von Todeswegen geschenkt, und sterben beide zugleich, so können von keiner Seite die Erben etwas fordern;" ist ein Schreib- oder Druckfehler eingeschlichen, indem es statt „fordern" heißen muß: „zurückfordern." Wenn nämlich A. und B. sich wechselseitig auf den Todesfall beschenkt haben, und die Todesfälle Beider eingetreten sind, so würden die Erben des Einen oder des Andern das Geschenkte zurückfordern können, wenn entweder durch eine gesetzliche Präsumtion oder durch Beweis festzustellen möglich wäre, daß und welcher von den Beiden vor dem Andern gestorben ist, weil die Schenkung unwirksam wird, wenn der Beschenkte vor dem Schenker verstorben ist, l. 32. §. 14. D. 24. 1. läßt sich dies aber nicht ausmitteln, so fällt jede Zurückforderung weg, vermöge der allgemeinen Regel, daß dann immer ein negativer Erfolg eintritt, wenn der Beweis, wer von den Commorienten zuerst gestorben ist, nicht hergestellt werden kann, und doch das Recht von dem Ueberleben des Einen abhängig gemacht ist. Es gelten also in diesem Fall

*) In den citirten Stellen wird jedoch vorausgesetzt, daß der Delegant irrthümlich die Delegation solvendi causa vorgenommen hat, was in dem erzählten Fall zweifelhaft war.

Digitized by Google

beide Schenkungen, weil keiner der Beschenkten den Andern erweislich überlebt hat, Glück P. R. Bd. XXVI. S. 151. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. IV. S. 409. Gaedke de jure commorientium pag. 127.

Acceptation: der Beweis derselben kann auch dadurch geliefert werden, daß sich der Beschenkte im Besitz der Schenkungsurkunde befindet, und es kann demselben nicht zugemuthet werden, daß er insonderheit noch beweise, durch Tradition in den Besitz der Urkunde gekommen zu seyn. Sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant. Paul. rec. sent. Lib. V. tit. XI. §. 2. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 345. Eine stillschweigende Acceptation liegt auch in der Annahme des dem Beschenkten von der Behörde mitgetheilten über den Schenkungsact aufgenommenen Protocolls, s. Seuffert Archiv Bd. I. H. 3. S. 372.

Gerichtliche Insinuation:*) diese erfordert wesentlich eine förmliche Anzeige bei Gericht. Daher kann sie, wenn die Schenkung in dem Erlaß einer Schuld besteht, nicht in der gerichtlichen Ertheilung der Quittung darüber gefunden werden. Nur so viel läßt sich in einem solchen Falle behaupten, der Quittirte könne vor Allem den Beweis, daß die Quittung zum Schein ertheilt sey, von dem erwarten, welcher das Geschäft als Schenkung anfechten will, s. Urtheil der Facultät Leipzig im Wochenbl. f. Rfälle. 1843. S. 353. S. 382. Fr. 4.

Gegen unsere Behauptung, daß freiwilliger Erlaß einer Schuld keine Ausnahme von dem Schenkungs-Erforderniß der gerichtlichen Insinuation mache, hat zwar das O. A. G. in Dresden l. c. mit Beziehung auf l. 23. D. 39. 5. im Geiste derjenigen Gesetze entschieden, nach welchen die Beschränkungen der Rechtsgeschäfte auf den möglichst geringen Umfang zurückzuführen seyen; allein wohl mit mehr Recht hat Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 41. und nach ihm auch v. Wening-Ingenheim in der 4. Aufl. seines Lehrb. d. Civilr. Bd. III. §. 249. (§. 120.) unter Widerruf seiner früheren Meinung, übereinstimmend mit Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 631. Bauer Resp. T. II. Nr 68. bemerkt, daß die angeführte l. 23., welche sich lediglich auf die früheren Beschränkungen der Schenkung bezieht, wenn man sie anders auf die Insinuationsvorschrift anwenden darf, doch nur beim Futuri temporis usuras remittere die Insinuation für überflüssig erklärt, worauf auch Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 442. die Befreiung von der Insinuationsvorschrift

*) S. auch das Supplement zu S. 406. Fr. 9.

Digitized by Google

beschränkt, was einen ganz natürlichen Grund darin hat, daß nicht schon begründete Summen, welche der Schuldner zu zahlen hätte, geschenkt werden, sondern nur die Veranlassung zur Entstehung künftiger Schulden durch ein ganz anderes Rechtsgeschäft, aus welchem das Aufhören des Zinslaufes sich mit Nothwendigkeit ergiebt, aufgehoben wird. Auch läßt sich ja gar nicht im Voraus berechnen, wie hoch — ohne die Verabredung, daß der Schuldner von jetzt an unverzinslich behalten solle — die Zinse aufgelaufen seyn würden, weil dies davon abhängt, wenn der Schuldner das Capital zurückzahlt.

Gerichtliche Anerkennung ist der gerichtlichen Insinuation gleich zu achten, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Seufferts Archiv Bd. I. H. 3. S. 371.

Remuneratorische Schenkungen können von dem Notherben nicht angegriffen werden, denn wo etwas remunerirt wird, liegt Abtrag einer Schuld, nicht wirkliche Schenkung vor, Leyser Sp. 436. Med. 5., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 704. no. 24. Der Rechtsbegriff einer remuneratorischen Schenkung ist übrigens so schwankend, daß die Frage: ob sie als eine wahre Schenkung der gerichtlichen Insinuation bedürfe, in unentschiedenem Streite zu schweben scheint. Das O. A. G. in Dresden spricht verneinend, und bezeugt sogar einen alten Sächsischen Gerichtsbrauch, wonach remuneratorische Schenkungen der Insinuation nicht bedürfen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1842. S. 302., vgl. auch Seufferts Archiv Bd. I. H. 3. S. 365., welchen jedoch das O. A. G. in Jena entschieden in Abrede stellt, s. Emminghaus Pand. S. 591. no. 16. Für die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation spricht das O. A. G. in München, s. Seufferts Archiv Bd. IV. H. 2. S. 196. Eben so das O. A. G. in Jena, s. Emminghaus l. c. und das O. A. G. in Celle, s. Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 23. — Kritz in den Rechtsfällen Bd. I. S. 1. spricht dem Begriff einer remuneratorischen Schenkung alle Realität ab, obgleich derselbe aus dem Leben genommen ist, und die von ihm angeführten Erkenntnisse Sächsischer Appellationsgerichte seiner Meinung geradezu entgegen sind. — Tiefer eingehend ist Puchta's Ansicht in s. Pandekten §. 71.: „ist etwas als Belohnung gegeben, gleichviel ob man dazu positiv verpflichtet war, oder nicht, so ist es keine Schenkung;" und folgende, einem Erkenntniß des O. A. G. in Dresden v. J. 1851. zum Grund liegende Unterscheidung: „falls ein Geber etwas gewährt, ohne dazu vom eigenen Gewissen gegebenen Impuls, ein anderer Geber hingegen mit dem Gewährten eine moralische, obschon nicht klagbare Verpflichtung erfüllt,

Digitized by Google

so ist von Jenem eine Schenkung im strengen und eigentlichen Sinne des Worts, von Letzterem nur eine in des Wortes uneigentlichen Sinne geleistet. In Fällen dieser zweiten Art den Promittenten gleich jedem Andern aus einer erlaubten Zusage obligaten Paciscenten gehalten seyn zu lassen, das ist eine von der Sittlichkeit an das objective Recht ergehende, in l. 27. l. 34. §. 1. D. 39. 5. anerkannte Forderung." In der ursprünglichen Fassung bei Paull. rec. sent V. 11. §. 6. steht in jenem §. 1. si donatio non merces appellanda sit., s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 284.

Dasselbe Tribunal erkannte i. J. 1851.: Keine wahre Schenkung liegt in der Uebereinkunft des A. mit der B. „wenn der B. Ehemann seine Insolvenz anzeigt, und A. dessen Haus um ein Licitum von 12—15,000 Thlrn. ersteht, so will A. der B. Einbringen auszahlen." Die B. konnte auf das Haus mitbieten, A. erwartete von der fraglichen Zusage seinen Vortheil, der im Unterlassen jenes Bietens liegt. Zur Schenkung genügt nicht, daß der Promittent aus freiem Antrieb handelte, und der Accipient einen Vortheil gewann, s. Ackermann Rechtsf. N. F. II. S. 184.

A. hat an B. folgende Verschreibung ausgehändigt: „Eingedenk S. 383. der Unterstützung und Freundschaft, welche B. mir überhaupt, und besonders bei meinen Geschäften erwiesen, will ich ihm aus Dankbarkeit 10,000 Thlr. in der Weise übereignet haben, daß meine Erben alsbald nach meinem Tod diese Summe ihm auszahlen sollen; jedoch habe ich dabei die Bedingung gemacht, daß dafür B. in seinem neu erbauten Hause ein bequemes Logis mir einräumen, und, wenn ich es verlange, an seinem Tische zeitlebens mich unentgeldlich aufnehmen soll; ich erkläre diese Verschreibung für unwiderruflich; B. hat solche und die obige Bedingung angenommen; wir beide haben uns verglichen, daß diese Uebereinkunft gerichtlich bestätigt, jedoch bis 8 Tage nach meinem Tod geheim gehalten werden soll." Wenige Monate nachher starb A. ohne in des B. Haus gezogen zu seyn, auch ehe gerichtliche Recognition des Documents erfolgte. Der Contract — sagt ein Gutachten der Facultät Leipzig in Emminghaus Pand. S. 591. no. 18. — ist gültig, denn 1) Verträge müssen nach dem Sinn und der Absicht der Contrahenten erklärt werden, l. 1. 3. C. 4. 22. Die Freundschaft und Gefälligkeit des B. ist nur erwähnt als Ursach, aus welcher A. bewogen worden, dem B. diesen Antrag zu machen; sie ist nicht als Intention beim Hauptgeschäft, sondern als causa movens anzusehen: es liegt also keine Schenkung, die ex mera liberalitate sich herschreibt, nicht einmal don. remuneratoria, vor, sondern contractus vitalitius.

Digitized by Google

Dieser besteht aber auch ohne gerichtliche Bestätigung zu Recht. Die obige Verabredung, die letztere zu suchen, ist blos zu desto sicherem Beweise gegen die Erben geschehen; keineswegs hat die Rechtsbeständigkeit des Contracts davon abhängig gemacht werden sollen. Beider Theile Absicht geht bei solchen Contracten auf Gewinn und Verlust. — Dasselbe muß eintreten, wenn der Leibzüchter gar nicht angefangen hat, die Leistungen zu empfangen, l. 3. §. 4. D. 12. 4. — l. 8. C. 4. 64. — l. 10. C. 4. 6.

S. 393. Fr. 3. Eine Schenkung unter Lebenden, die der Vater für die majorenne Tochter angenommen, gilt nur dann, wenn darzuthun ist, daß donataria ihrem Vater Vollmacht gegeben; oder, bevor der Schenker andern Sinnes geworden, die Schenkung ausdrücklich genehm gehalten. Secus in impubere. Carpzov II. 14. d. 6. Urtheil der Facultät Jena in Emminghaus Pand. S. 592.

S. 406. Fr. 9. Die hier angenommene Meinung, daß, um der Insinuationsvorschrift zu genügen, bei einer Schenkung an mehrere Personen, jede einzelne derselben auf die gesetzliche Summe berechnet werden müsse, wird durch ein Erk. d. O. A. G. in Dresden bestätigt, s. Seufferts Archiv Bd. I. H. 3. S. 368.

S. 411. Fr. 4. Schenkungen unter Ehegatten sind bekanntlich verboten, unter Verlobten sind sie erlaubt, l. 1. §. 1. D. 39. 5. Sogar noch am Tag der Hochzeit finden sie statt, l. 27. D. 24. 1. Doch soll darauf Rücksicht genommen werden, ob im Moment der Schenkung schon deductio in domum oder Unterzeichnung der Ehepakten, welche gewöhnlich erst nach geschlossener Ehe erfolgte, geschehen sey, l. 66. D. 24. 1. — l. 6. C. 5. 3. — Ist nun h. z. T. wohl der Act der kirchlichen Trauung als der entscheidende Zeitpunkt anzunehmen? Ein Erkenntniß des O. A. G. in Dresden verneint; denn nach deutscher Sitte vertauscht die Verlobte erst am folgenden Tag den Namen der Braut mit dem der Ehefrau, und der Moment der Trauung bewirkt noch nicht den Vollzug der Ehe. Der Sachsenspiegel B. I. a. 45. bestimmt: „die Frau ist des Mannes Genossin, und tritt in sein Recht, wenn sie in sein Bett geht. Die l. 97. §. 2. D. 45. 1. steht nicht entgegen in Fällen, wo, wie z. B. wenn die Verlobte schenkt, damit der Bräutigam Brautschuld bezahle, keine causa reprobata vorliegt. Jedes einfache Schenkungsversprechen ist in l. 35. §. 5. C. 8. 54. für verbindlich erklärt, und es ist kein Grund vorhanden, dies auf Schenkungen unter Verlobten nicht anzuwenden.

Ist das Geschenk nicht, wie versprochen, am Trauungstag entrichtet, so darf man nicht etwa sagen, der Beschenkte, welcher sich ohne

Digitized by Google

das Geschenk in Empfang zu nehmen, verehelichte, habe verzichtet; dies müßte deutlicher zu erkennen gegeben seyn. Wohl aber würde Verletzung der Treue, Mißhandlung und dergl. zum Widerrufe der Schenkung berechtigen, l. 1. 7. 10. C. 8. 56., s. Wochenbl. f. Rfälle 1848. S. 361.

Daß Schenkungen unter Verlobten stets als mit der Bedingung, daß die Ehe zu Stande komme, gemacht anzusehen, läßt sich nicht behaupten. Die etwa dafür anzuführende l. 1. §. 1. D. de donat. gedenkt der Schenkungen unter Verlobten nur beispielsweise zur Feststellung des juristischen Sprachgebrauchs bei Schenkungen. Das Gegentheil erhellt aus l. 27. D. de donat. inter vir. et ux l. 6. 10. 11. C. de don. ante nuptias. Indeß ergiebt sich aus l. 5. 15. C. eod. wenigstens so viel, daß bei dergleichen Schenkungen auf die Nebenumstände gesehen, und hienach erwogen werden soll, ob die obige Voraussetzung vorhanden sey, s. Erk. d. O. A. G. in Jena, in Emminghaus Pand. S. 324. no. 18.

Verzugszinsen ist zwar der Schenkgeber zu entrichten gesetzlich nicht verbunden, dies läßt sich aber auf den durch dessen Erben veranlaßten Verzug nicht ausdehnen, und eben so wenig auf den Zahlungsverzug, der durch Insinuation der Schenkungsklage begründet wird, s. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 24. S. 414. Fr. 4.

Darlehn.

Gegen einen Schuldschein, welcher die Worte enthält: „Werth in Rechnung erhalten," kann nicht eingewendet werden, daß es an der Angabe einer causa debendi mangle, denn die Abrechnung ist allerdings ein Rechtsgeschäft, durch welches eine wirkliche Schuld constatirt wird, s. Erk. d. O. A. G. in Cassel in Pfeiffers prakt. Ausführung Bd. VIII. S. 92. S. 438. Fr. 10.

Cautio indiscreta.

Um dem Einwand der mangelnden causa debendi gegen die Beweiskraft eines Schuldscheins zu begegnen, halten gleichwohl mehrere Rechtsgelehrte auch schon die einfachen Worte für hinlänglich: „wir, die Unterzeichneten, bekennen hiemit, daß wir dem Herrn Kaufmann J. H. in R. schuldig geworden sind die Summe von Eintausend Gulden, welche wir sammt Interesse wieder baar heimzuzahlen versprechen, sobald ꝛc." S. 439. Fr. 10. not. *)

Sie finden die Merkmale des Darlehns darin genugsam angezeigt, denn das Versprechen des Wiederheimzahlens involvire ja das voraus-

Digitized by Google

gegangene Hinzahlen, und die Verbindlichkeit, mit Zinsen zu restituiren, weise hinlänglich darauf hin, daß von keinem deposito, sondern von einem Darlehn die Rede sey. So sagt Thibaut im System d. Pandektenr. §. 1176. Ed. VI. „eine hinlängliche Angabe der causa debendi ist das Bekenntniß, daß man etwas zu restituiren habe," vergl. Voet. Comm. Lib. 22. tit. 4. §. 17. Uebereinstimmend ist ein Erk. d. Civilsenats in Tübingen in Hufnagels Mittheilungen. N. F. H. 2. S. 126.

Exc. non numeratae pecuniae.

S. 441. Ist sie nur eine negative Litiscontestation, oder eine Einrede?
§. 2. Ruhwandl in Seufferts u. Glücks Blättern f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 339. erklärt sie für eine Beweiseinrede gegen den Urkundsbeweis, bestehend in der Erklärung: „ich habe die Urkunde lediglich in der Hoffnung des Geldempfanges ausgestellt." Aehnlich Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 6 ꝛc., welcher die exc. n. n. p. für eine Einrede hinsichtlich des Beweises gegen die Beweisurkunde erklärt, bezüglich des Rechtsverhältnisses aber für eine negative Litiscontestation ansieht. Den letzten Theil des Gedankens verwirft jedoch Heimbach in d. Lehre v. d. Creditum S. 642. als nach den Begriffen der classischen Zeit unmöglich, und deducirt, daß die Einrede zunächst und allein nur gegen die vom Kläger zum Beweis seines Beweisthemas gebrauchten Beweismittel und Beweisgründe gerichtet ist. — So wahr dies alles ist, so stehen doch der weiteren Behauptung Ruhwandls, daß diese exc. als solche nirgends hin gehöre, als in das Urkundsbeweisverfahren, die Vorschriften der neueren Proceßordnungen gewöhnlich entgegen.

S. 444. Die richtigere Meinung, daß mit dem Ablauf des biennii die
Fr. 2. exc. n. n. p. gänzlich wegfalle, mithin von einer exc. n. n. p. non privilegiata keine Rede seyn, vielmehr der Schuldner damit gar nicht gehört und zu einem Beweis der nicht erfolgten Numeration, oder wohl gar zu dem Mittel der Eideszuschiebung — welches ja da, wo die Einrede von Anfang an, oder wegen Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr vorgeschützt werden kann, vermöge l. 14. §. 3. C. 4. 30. ausgeschlossen ist — durchaus nicht zugelassen werden kann, ist in der neuesten Monographie über diese Materie, Heimbach die Lehre von dem Creditum S. 669—681. auf das überzeugendste gerechtfertigt.

Die Frage: ob bei vorgeschützter Einrede die Hauptwirkung derselben, daß der Kläger den Beweis der Numeration zu übernehmen habe, öffentlichen Urkunden gegenüber von juristischem Belange sey? glaubt derselbe Verf. nach der eigenthümlichen Beschaffenheit solcher

Digitized by Google

Urkunden, welche öffentlichen Glauben genießen und vollen Beweis der Thatsache geben, verneinen zu müssen. Mit dieser Bemerkung aber will derselbe die übrigen Wirkungen der Einrede noch keineswegs abgewiesen haben, z. B. daß der Beklagte die aus dem Inhalt der öffentlichen Urkunde gegen ihn entstehende Vermuthung durch Gegenbeweis entkräften könne, Heimbach l. c. S. 689.

Die in Praxi der *confessio geminata* zugeschriebene Wirksamkeit, S. 442. f. Glück P. R. Bd. XII. S. 151. bestreitet Heimbach S. 691. mit not. **) Beziehung auf die älteren Interpreten Azo Summa Cod. d. n. n. p. num. 7. p. 381. u. Accursius Gloss. ad. l. 14. §. 1. C. ib. s. v. penitus., indem die l. 14. §. 1. C. 4. 30. nur auf die exc. n. n. dotis beschränkt sey. Seine Argumente scheinen aber nur auf den Fall, wenn etwa gleichzeitig mit dem Schuldbekenntniß noch eine besondere Quittung ausgestellt wurde, zu passen, mithin nur den von uns aufgestellten Satz zu rechtfertigen, daß confessio geminata nicht immer die exc. n. n. p. ausschließe.

Außergerichtliche Protestation wird nicht für hinreichend erachtet, um die exc. non num. pec. gegen eine Quittung auszuschließen, indem l. 14. §. 4. C. 4. 30. ergiebt, daß in neuerer Zeit die römische denunciatio durch den Richter geschah, Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. III. §. 193., s. Sächs. Zeitschr. 1839. S. 554.

Die Bodmereiforderung ist zwar bemerktermaßen eine pri- S. 451. vilegirte, muß aber doch in der Concurrenz einigen Forderungen nachstehen, namentlich: 1) dem Berglohn, wohin Alles zu zählen ist, was zur Auslösung des Schiffs aus Feindes- und Räuberhänden bezahlt worden; 2) dem Loots-Tonnengeld und Hafenunkosten und dergl. nothwendige Ausgaben; 3) der Volksheuer (der Lohn, den die Matrosen erhalten) von der letzten Reise; 4) Forderungen, die nach geschlossener Bodmerei für neue Herstellung des Schiffes, Anschaffung von Lebensmitteln u. dergl. entstanden sind; 5) der Havariegrosse, s. Mittermaier l. c. §. 316. (224.) Wilda l. c.

Condictionen aus rechtlosem Haben.

Da nach den heutigen Grundsätzen jeder Vertrag schlechthin schon S. 452. durch die beiderseitige Willensübereinstimmung klagbar wird, so ist die not. **) Lehre des römischen Rechts von den Innominat-Contracten, und somit auch deren Besonderheit, welche darin ihren Grund hatte, daß erst durch die Leistung ein Contract für den Leistenden begründet wurde, woraus, so lange die Leistung noch nicht geschehen war, ein Neuerecht mit Nothwendigkeit folgte, unpractisch geworden, v. d. Pfordten Ab-

Digitized by Google

gegangene Hinzahlen, und die Verbindlichkeit, mit Zinsen zu restituiren, weise hinlänglich darauf hin, daß von keinem deposito, sondern von einem Darlehn die Rede sey. So sagt Thibaut im System d. Pandektenr. §. 1176. Ed. VI. „eine hinlängliche Angabe der causa debendi ist das Bekenntniß, daß man etwas zu restituiren habe," vergl. Voet. Comm. Lib. 22. tit. 4. §. 17. Uebereinstimmend ist ein Erk. d. Civilsenats in Tübingen in Hufnagels Mittheilungen. N. F. H. 2. S. 126.

Exc. non numeratae pecuniae.

S. 441. §. 2. Ist sie nur eine negative Litiscontestation, oder eine Einrede? Ruhwandl in Seufferts u. Glücks Blättern f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 339. erklärt sie für eine Beweiseinrede gegen den Urkundsbeweis, bestehend in der Erklärung: „ich habe die Urkunde lediglich in der Hoffnung des Geldempfanges ausgestellt." Aehnlich Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VII. S. 6 ꝛc., welcher die exc. n. n. p. für eine Einrede hinsichtlich des Beweises gegen die Beweisurkunde erklärt, bezüglich des Rechtsverhältnisses aber für eine negative Litiscontestation ansieht. Den letzten Theil des Gedankens verwirft jedoch Heimbach in d. Lehre v. d. Creditum S. 642. als nach den Begriffen der classischen Zeit unmöglich, und deducirt, daß die Einrede zunächst und allein nur gegen die vom Kläger zum Beweis seines Beweisthemas gebrauchten Beweismittel und Beweisgründe gerichtet ist. — So wahr dies alles ist, so stehen doch der weiteren Behauptung Ruhwandls, daß diese exc. als solche nirgends hin gehöre, als in das Urkundsbeweisverfahren, die Vorschriften der neueren Proceßordnungen gewöhnlich entgegen.

S. 444. Fr. 2. Die richtigere Meinung, daß mit dem Ablauf des biennii die exc. n. n. p. gänzlich wegfalle, mithin von einer exc. n. n. p. non privilegiata keine Rede seyn, vielmehr der Schuldner damit gar nicht gehört und zu einem Beweis der nicht erfolgten Numeration, oder wohl gar zu dem Mittel der Eideszuschiebung — welches ja da, wo die Einrede von Anfang an, oder wegen Ablauf der Verjährungsfrist nicht mehr vorgeschützt werden kann, vermöge l. 14. §. 3. C. 4. 30. ausgeschlossen ist — durchaus nicht zugelassen werden kann, ist in der neuesten Monographie über diese Materie, Heimbach die Lehre von dem Creditum S. 669—681. auf das überzeugendste gerechtfertigt.

Die Frage: ob bei vorgeschützter Einrede die Hauptwirkung derselben, daß der Kläger den Beweis der Numeration zu übernehmen habe, öffentlichen Urkunden gegenüber von juristischem Belange sey? glaubt derselbe Verf. nach der eigenthümlichen Beschaffenheit solcher

Digitized by Google

Urkunden, welche öffentlichen Glauben genießen und vollen Beweis der Thatsache geben, verneinen zu müssen. Mit dieser Bemerkung aber will derselbe die übrigen Wirkungen der Einrede noch keineswegs abgewiesen haben, z. B. daß der Beklagte die aus dem Inhalt der öffentlichen Urkunde gegen ihn entstehende Vermuthung durch Gegenbeweis entkräften könne, Heimbach l. c. S. 689.

Die in Praxi der *confessio geminata* zugeschriebene Wirksamkeit, s. Glück P. R. Bd. XII. S. 151. bestreitet Heimbach S. 691. mit Beziehung auf die älteren Interpreten Azo Summa Cod. d. n. n. p. num. 7. p. 381. u. Accursius Gloss. ad. l. 14. §. 1. C. ib. s. v. penitus., indem die l. 14. §. 1. C. 4. 30. nur auf die exc. n. n. dotis beschränkt sey. Seine Argumente scheinen aber nur auf den Fall, wenn etwa gleichzeitig mit dem Schuldbekenntniß noch eine besondere Quittung ausgestellt wurde, zu passen, mithin nur den von uns aufgestellten Satz zu rechtfertigen, daß confessio geminata nicht immer die exc. n. n. p. ausschließe. S. 442. not. **)

Außergerichtliche Protestation wird nicht für hinreichend erachtet, um die exc. non num. pec. gegen eine Quittung auszuschließen, indem l. 14. §. 4. C. 4. 30. ergiebt, daß in neuerer Zeit die römische denunciatio durch den Richter geschah, Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. III. §. 193., s. Sächs. Zeitschr. 1839. S. 554.

Die Bodmereiforderung ist zwar bemerktermaßen eine privilegirte, muß aber doch in der Concurrenz einigen Forderungen nachstehen, namentlich: 1) dem Berglohn, wohin Alles zu zählen ist, was zur Auslösung des Schiffs aus Feindes- und Räuberhänden bezahlt worden; 2) dem Loots-Tonnengeld und Hafenunkosten und dergl. nothwendige Ausgaben; 3) der Volksheuer (der Lohn, den die Matrosen erhalten) von der letzten Reise; 4) Forderungen, die nach geschlossener Bodmerei für neue Herstellung des Schiffes, Anschaffung von Lebensmitteln u. dergl. entstanden sind; 5) der Havariegrosse, s. Mittermaier l. c. §. 316. (224.) Wilda l. c. S. 451.

Condictionen aus rechtlosem Haben.

Da nach den heutigen Grundsätzen jeder Vertrag schlechthin schon durch die beiderseitige Willensübereinstimmung klagbar wird, so ist die Lehre des römischen Rechts von den Innominat-Contracten, und somit auch deren Besonderheit, welche darin ihren Grund hatte, daß erst durch die Leistung ein Contract für den Leistenden begründet wurde, woraus, so lange die Leistung noch nicht geschehen war, ein Reuerecht mit Nothwendigkeit folgte, unpractisch geworden, v. d. Pfordten Ab- S. 452. not. **)

Digitized by Google

handl. a. d. Pandektenr. S. 282 ꝛc. v. Vangerow Pand III. S. 256. Chambon Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. I. S. 44.

S. 462. §. 2. Zur condictio indebiti, — erkannte das O. A. G. in Dresden, — ist berechtigt derjenige, welcher a) zahlte, während eine Einrede, wodurch die an sich begründete eingeklagte Forderung aufgehoben wird, ihm zur Seite steht, sofern die angestellte Executiv-Klage die Geltendmachung jener Einrede um deswillen, weil liquide Urkunden dem Beklagten nicht zu Gebote standen, hinderte: l. 24. 26. §. 3. l. 50. 51. D. 12. 6. l. 25. l. 2. D. 22. 3., l. 14. §. 1. l. 4. 31., l. 7. §. 2. D. 41. 4. l. 39. pr. D. 39. 5., l. 53. 82. D. 50. 17., l. 11. C. 4. 5. Glück XXVII. S. 428. Dagegen wies das A. G. Leipzig den Versuch zurück, mit der cond. ind. das Eisenbahnfahrgeld wieder zu verlangen, das der Passagier, weil er sein Billet verlor, doppelt zahlen mußte, obschon das Billet er später wieder fand.

b) Auch steht dem, welcher die cond. indeb. erhebt, nicht im Wege, daß er ex errore *juris* zahlte,*) sobald nur der Fall so beschaffen ist, daß der Empfänger mit dem Schaden des Zahlers sich bereichert, l. 14. 66. D. 12. 6., l. 7. 8. D. 22. 6., l. 206. D. 50. 17., s. Wochenbl. f. Rfälle 1849. S. 57.

Der so eben gedachte Satz ward 1852 von dem A. G. Budissin auf den Fall angewendet, da A. dem B., welchem er 1847. ein Grundstück abgekauft, und dabei für alle Zukunft 5 Proc. Lehnwaare zugesichert, 1849 aber als Ablösung für diese Last 50 Thlr. gezahlt hatte, und nun 1851 diese 50 Thlr. auf dem Grunde des 1846 durch die Legislation ausgesprochenen Verbots Lehnwaarenverpflichtungen zu begründen, als indebitum zurückforderte. Es ward für diese Klage geltend gemacht, außer l. 5. C. 1. 14., l. 6. C. 2. 3., l. 54. D. 12. 6., und außer der Theorie bei b) oben, daß alsdann, wenn ein Gesetz eines Vertrages Unwirksamkeit in Rücksicht auf das Gemeinwohl festgesetzt hat, nicht einmal obligatio naturalis durch einen solchen Vertrag erzeugt wird. Weber natürl. Verbindlichk. §. 70., s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 426. Auch von dem O. A. G. in Jena ward 1852 von gleichen Principien ausgegangen.**) Manches, das für die abweichende Ansicht spricht, s. in Nehrhoff Arch. I. S. 189. Auch S. Kritz R. F. IV. S. 373.

---

*) Vgl. jedoch das folgende Supplement zu S. 471. Fr. 6.

**) Von der Facultät Gießen ward 1851 in einem solchen Fall dem Kläger der Eid auferlegt, welcher über sein Unbekanntseyn mit dem neuen Gesetz von ihm dem Gegner zugeschoben und zurückgegeben war.

Digitized by Google

Steinberger in d. Sächs. Zeitschr. 1842. S. 120. behandelt folgenden Fall: A. unterhandelte wegen Verkauf seines Gartens mit dem Kaufsliebhaber B., brach aber, weil sie in Ansehung des Kaufpreises um 50 Thlr. aus einander blieben, ab. Tags darauf gaben beide durch Briefe, welche gleichzeitig behändigt wurden, die 50 Thlr. nach, wobei der Käufer B. sogleich das Kaufgeld mit übersandte. Nach Einsicht des von A. erhaltenen Schreibens condicirte er die solchergestalt zu viel bezahlten 50 Thlr. Für seine Zurückforderung sprach, daß nach Vorstehendem seine Verpflichtung den Charakter einer obl. alternativa annimmt. Für die nämliche species, den Garten, sind in gleich gültiger Weise zwei Kaufpreise bewilligt. Zu den Erfordernissen einer rechtsbeständigen Zahlung gehört, daß der Zahlende im Augenblick, wo er sie leistet, nicht in Unkenntniß solcher Thatsachen sich befindet, welche seine Verbindlichkeit ope exceptionis aufheben, l. 3. §. 2. D. 12. 6. — l. 11. C. 4. 5. Dies wird durch l. 32. §. 3 D. 12. 6. bestätiget. Auch hier soll die Absicht, eine Obligation, wie sie in Wahrheit vorhanden war, zu tilgen, als fehlend, und darum die Klage als statthaft angesehen werden.

Auch wegen fremder Sachen kann ich gegen den aus Irr- S. 462.
thum von mir gewählten Empfänger *condictione indebiti* auf Zurück- §. 2.
gabe klagen, l. 15. §. 1. D. 12. 6. — arg. l. 13. D. 39. 6. Die l. 19. §. 2. D. 12. 6. ist nur davon zu verstehen, daß bei fremden Sachen die Klage nicht auf ein dare, d. i. auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet werden kann. Duareni Comm. ad tit. D. de condict. indeb. cap. 2. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in der Bremer Samml. 1827. S. 151.

Von dem Verbote, durch cond. indebiti zugleich von dem libel- S. 467.
lirten Hauptstamme Zinsen zu fordern, welches in l. 1. C. 4. 5. vor- Fr. 3.
kommt, statuirte 1836 das A. Ger. Budissin, außer dem Fall, wo Zinsen seit behändigter Ladung in Frage, die fernere Ausnahme, dafern Beklagter Zinsen von der indebite ihm bezahlten Summe genossen hat. Die ratio des Instituts l. 14. D. 12. 6. gebietet dies. Auch l. 15. pr. l. 65. §. 5. D. 16. kommen dem Kläger nach l. 121. D. 50. 16., l. 34. D. 22. 1. zu Statten, s. Wochenbl. f. Rfälle 1842. S. 307. Weiter ward 1841 von dem O. A. G. in Dresden der Ausspruch auf Verzugszinsen von dem Ablauf von 10 Tagen nach außergerichtlich erfolgter „Anerkennung, daß Beklagter eine bestimmte Summe indebite empfangen," als begründet erachtet, wegen l. 21. §. 1. D. 13. 5. Das. 1841. S. 227.

Digitized by Google

S. 468. Fr. 4. Der hier ausgesprochene Satz: daß das aus einer *obl. naturalis* Gezahlte nicht condicirt werden könne, ist in der neuesten Monographie von Erxleben, „die condictiones sine causa“ Abth. I. §. 8. Lpz. 1850. gründlich ausgeführt. Es wird gezeigt, wie aus dem innersten Wesen dieser Condition ihre Unzulässigkeit in diesem Falle folge. Zwar scheint auf den ersten Anblick ihre Zulässigkeit begründet, denn wenn man auf dem Standpunkt des jus civile der obl. naturalis kein vinculum juris beimessen kann, mithin derjenige, welcher auf den Grund einer solchen rechtlich unvollkommenen Obligation etwas zu fordern hat, gar nicht als Gläubiger gelten, sondern nur abusive so genannt werden kann, s. l. 10. i. f. D. 50. 16. — l. 16. §. 4. D. 46. 1. — so muß man wohl das Gezahlte, bei dem unzweifelhaften Mangel einer rechtlich gültigen causa solvendi als ein indebitum erkennen, l. 5. §. 2. D. 46. 3., allein da die obligatio naturalis doch ein vinculum aequitatis in sich hält, so folgt, daß, wenn gleich das aus ihr geschuldete Geld nicht gefordert werden kann, doch das bezahlte auch nicht zurückgefordert werden könne, denn da die condictio indebiti eben auch nur auf der aequitas beruht, so kann sie dem Gläubiger unmöglich wieder entziehen, was ihm ex aequo et bono zukam.

Eine vollständige Aufzählung der Fälle, in welchen die Condiction versagt ist, s. Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. II. §. 318., vergl. l. 10. D. 12. 6. — l. 21. D. 36. 1. — §. 4. J. 3. 20. — l. 9. D. 12. 6. — l. 11. D. 12. 6. l. 51. D. eod.

S. 471. Fr. 6. Ueber die Frage, ob zur Begründung der condictio indebiti ein error in jure durchaus ungenügend, und nur error in facto genügend sey, ist die eben angeführte Monographie von Erxleben um so mehr zu beachten, als darin die von uns als vorherrschend bezeichnete bejahende Meinung aus kaum verwerflichen Gründen bekämpft wird. Der Verf. sagt im §. 6. Grundlosigkeit der Leistung resp. des dadurch dem Empfänger zugeflossenen Erwerbs ist der Entstehungsgrund, Irrthum des Gebers das mitwirkende Moment der ex aequitate gegebenen Rückforderungsklage. In letzterer Beziehung kommt es aber auf die Beschaffenheit des Irrthums an. — Daß nur ein factischer Irrthum oder Unwissenheit in Betracht kommen könne, darf aus l. 9. C. 6. 50. und l. 10. C. 1. 18. nicht gefolgert werden, sondern grundsätzlich kann es nur darauf ankommen, ob der Irrthum des Zahlenden entschuldbar war oder nicht. Nur die Unentschuldbarkeit des Irrthums schließt die condictio indebiti aus, l. 25. D. 22. 3. Daß aber ein Rechtsirrthum niemals verzeihlich sey, kann aus den vorangeführten Stellen eben so wenig bewiesen werden, als daß ein Irr-

Digitized by Google

thum oder Unwissenheit in Thatsachen allemal verzeihlich sey. Denn die l. 9. D. 22. 6. enthält sogleich im §. 2. u. 3. Einschränkungen der Regel: juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere, nämlich in §. 2. sed facti ignorantia *ita demum* cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur, und §. 3. juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si juris consulti copiam habeat, vel sua prudentia instructus sit, ut *cui facile sit scire*, ei detrimento sit juris ignorantia; quod raro accipiendum est. So auch l. 10. D. 37. 1. — scientiam enim non hanc accipimus, quae juris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se, aut consulendo prudentiores assequi possit. Eben so l. 2. §. 5. D. 38. 15.

Es ist daher klar, daß das, was Paulus in l. 9. D. 22. 6. als die Regel erklärt, nur den gewöhnlichen Fall bezeichnet, mithin in dem Sinn, wie sich l. 1. D. 50. 17. ausdrückt, zu verstehen ist, nämlich nicht so, daß aus der Regel das Recht entnommen, sondern so, daß aus dem vorhandenen Rechte eine Regel gebildet wird. Und wer wird dies widerstreiten wollen, daß der Rechtsirrthum in der Regel dem Irrenden schädlich werden müsse, da es ihm nicht leicht möglich ist, die behauptete Unkenntniß zu beweisen, eine Unkenntniß derjenigen Grundsätze, welche seine eigene rechtliche Stellung bedingen, oder diejenigen Verhältnisse betreffen, in denen sich der Verkehr des täglichen Lebens bewegt, ihm immer als unverzeihliche Nachlässigkeit zur Last fällt, und daß er die erforderliche Rechtskenntniß nicht erlangen konnte, ihn mit einem schwierigen Beweis belastet. Wenn aber denn doch ein verzeihlicher Rechtsirrthum nicht geradehin zu den Unmöglichkeiten zu rechnen ist, so kann für die condictio indebiti nur in der praktischen Behandlung der Unterschied Platz greifen, daß beim Rechtsirrthum der Condicent nicht blos das Daseyn, sondern auch die Entschuldbarkeit des Irrthums beweisen muß, während ihm beim faktischen Irrthum nur der Beweis des Vorhandenseyns des Irrthums zur Last fällt, welchen er durch Nachweis der Umstände führt, welche ihn zu seiner irrigen Annahme veranlaßten, d. h. er muß beweisen die Nichtkenntniß der Thatsachen, wodurch entweder die Entstehung der beabsichtigten Obligation gehindert, oder die Aufhebung der bestandenen ipso jure oder ope exceptionis herbeigeführt ist.

In Gegenhalt der vorangeführten Gesetzstellen kann die Meinung, welche im Falle eines Rechtsirrthums die condict. indeb. für absolut unzulässig erklärt, nicht aus der l. 9. §. 5. D. 22. 6., worin einem Erben, welcher bei Auszahlung eines Legats den Abzug der fal-

Digitized by Google

cidischen Quart angeblich aus Unkenntniß des Rechts unterlassen hatte, die Repetition des über Schuldigkeit bezahlten versagt wurde, gerechtfertiget werden, weil hier der Grund der Abweisung nach dem deutschen Ausspruch nec stultis solere succurri, sed errantibus nur in einer unentschuldbaren Rechtsunwissenheit lag, indem die lex Falcidia ohne Zweifel zu den Gesetzen gehörte, deren Kenntniß man bei dem römischen Bürger, welcher mit erbschaftlichen Angelegenheiten zu thun hatte, sicher voraussetzen durfte, und dies um so eher, als in dem Anfall einer bedeutenderen Erbschaft, welche zu mancherlei Verwickelungen mit dritten Personen führt, immer eine dringende Aufforderung liegt, mit einem Rechtsgelehrten zu Rathe zu gehen.

Gleichwohl stellt sich der bisherigen Darstellung eine scheinbar unüberwindliche Schwierigkeit in der l. 10. C. 1. 18. entgegen, wo in absoluter Allgemeinheit als ein durchgreifendes Rechtsprincip der Satz hingestellt ist: si quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Da aber in diesem Satz nach wörtlicher Auffassung eine Anomalie läge, während er als aus allgemeinen Rechtsprincipien sich von selbst ergebend hingestellt ist, und doch die vorangeführten Gesetzstellen den Rechtsirrthum nicht in alle Wege als unentschuldbar, sondern nach Umständen auch einer Entschuldigung fähig statuiren, so erklärt sich der Verf. den angeführten Satz aus dem bei den römischen Juristen nicht ungewöhnlichen und praktisch vollkommen gerechtfertigten Verfahren, daß sie in ihren Rechtssätzen, ohne wörtlich von Präsumtionen zu sprechen, doch eigentlich nur Präsumtionen enunciiren, welche für die juristische Behandlung des betreffenden Falles in so ferne maasgebend sind, als es sich im Fall eines erhobenen Rechtsstreits um die Vertheilung der Beweislast handelt. Indem sie darnach die Regel bilden, welche für die Mehrzahl der Fälle ohne weiteres maasgebend ist, finden sie es kaum nöthig, die Ausnahmen, bei welchen eine Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit des Falls eine andere Behandlung nothwendig macht, auch nur anzudeuten, geschweige zu bemerken, daß in der Regel selbst nur eine rechtliche Präsumtion ausgedrückt ist. So z. B. der in zahlreichen Entscheidungen in völliger Allgemeinheit ausgesprochene Satz, daß derjenige, welcher vermöge eines obligatorischen Verhältnisses custodiam zu prästiren hat, wenn er sich die Sache stehlen ließ, für den Diebstahl einstehen muß, während doch andere Gesetzstellen die dieser Bestimmung zum Grund liegende Voraussetzung, daß der Diebstahl demjenigen, welcher custodiam zu prästiren hatte, schlechthin als Schuld zuzurechnen sey, keines-

Digitized by Google

wegs als allgemein gültig behandeln, sondern die Haftung, der zu prästirenden custodia ungeachtet, von einem begangenen Versehen abhängig machen, l. 14. §. 6. 12. D. 47. 2. Umgewandt ist in l. 19. i. f. D. 13. 6. absolut ausgesprochen, daß der zur custodia Verpflichtete für Beschädigungen von Seiten Anderer, die unter die lex Aquilia fallen, nicht einzustehen habe, dagegen in einem anderen Titel und einer anderen Materie l. 40 u. 41. D. 19. 2. zufällig bemerkt wird, daß von der in l. 19. cit. gegebenen und in l. 40. D. 19. 2. wiederholten Regel sich Ausnahmsfälle denken lassen. Was also als Regel behauptet ist, schließt nicht den Beweis aus, daß der zur custodia im Allgemeinen Verpflichtete sich habe von dem Dritten eines solchen Schadens versehen und durch Vorkehrungen die Gewaltthätigkeit, die Bosheit, die Unbesonnenheit abwenden können. Das Gleiche gilt von dem hin und wieder ohne nähere Bestimmung ausgesprochenen Sätze, daß derjenige, welcher sich für eine ihm obliegende Besorgung fremder Hülfe bedient, für die Versehen der von ihm angestellten Leute haften muß, vgl. l. 25. §. 7. D. 19. 2. — l. 20. §. ult. D. 19. 5. u. l. 10. §. 1. D. 13. 6. mit der Einschränkung in l. 11. D. 13. 6. l. 21. §. ult. D. 3. 5. — l. 20. D. 13. 6. Mehreres zum Beleg hierüber, s. Hasse die culpa S. 533. II. Ed. I. Eben so behauptet der Verf. von der l. 10. C. 1. 18., daß die darin aufgestellte scheinbar absolute Regel weiter nichts als der Ausdruck einer solchen Präsumtion ist, welche bei dem error facti für dessen Entschuldbarkeit, bei dem error juris für dessen Unentschuldbarkeit spricht.

Die gewöhnliche Lehre von der Verbindlichkeit des mit der *condictione indebiti* besiegten Beklagten, daß er nur so viel zu restituiren gehalten seyn könne, als er zur Zeit der Litiscontestation noch wirklich durch den Empfang des *indebiti* bereichert erscheint, (s. v. Vangerow l. c.) vorausgesetzt nämlich, daß der Empfänger in bona fide war, s. Puchta Pand. §. 309. Glück P. R. Bd. XIII. S. 75. Unterholzner Schuldverhältnisse §. 326. hat in dem vorangeführten Werk die condictiones sine causa von A. Erxleben. Lpz. 1850. §. 12. einen ernsthaften Angriff erlitten, welcher sich auf folgende Betrachtung stützt. Das Gesetz spricht uneingeschränkt; quod indebitum per errorem solvitur, aut *ipsum* aut *tantundem* repetitur, l. 7. D. 12. 6. — l. 25. D. 19. 5. Dagegen kann l. 26. §. 12. und l. 65. §. 7. D. 12. 6. nicht entscheiden, denn da trifft das allein condicirbare, nämlich der Werth, nur zufällig mit der gegenwärtigen Bereicherung zusammen. Nur der Fall eines schuldlosen Verlustes, oder einer bona fide vorgenommenen Veräußerung des indebite S. 476. Fr. 7.

Digitized by Google

Empfangenen macht hier, wie in anderen Fällen*) eine Ausnahme, aber da muß doch wenigstens die Bereicherung herausgegeben werden, l. 65. §. 8. D. 12. 6. Dies ist vielmehr eine Erweiterung, nicht aber eine Beschränkung der dem Schuldner an sich obliegenden Verbindlichkeit bei einer zu restituirenden species, und beruht auf den Grundsätzen über Tragung der Gefahr. Diese stehen in conträrem Gegensatze, je nachdem es sich um eine schuldige species oder Fungibilität handelt: dort trifft die Gefahr den Gläubiger, hier den Schuldner. Für den Fall einer species indebite soluta wird auch nirgends in den Quellen ausgesprochen, daß hier nur die Haftung in quantum quis locupletior factus est, Platz greife; vielmehr erscheint hier das idem, wie bei Fungibilitäten das tantundem als Regel. Die Ausnahme, welche bei dem Pupillen, der das indebitum sine autoritate tutoris empfangen hat, statt findet, gründet sich offenbar nur in der mangelhaften Handlungsfähigkeit des Empfängers.

S. 479. Fr. 11. Die wegen einer Ueberzahlung erhobene condictio indebiti — entschied 1847 das O. A. G. in Dresden — erfordert nach l. 1. C. 4. 5. keinen besondern Erweis des Irrthums. Selbst zugegeben, daß l. 25. D. 22. 3., obschon dieses Gesetz manchen Zweifeln, die sogar seine Aechtheit betreffen, unterliegt, C. J. Wissenbach Emblem. Trihon. p. 52., eine justam ignorantiae causam verlangt, so muß doch eben dieser entschuldbare Irrthum als vorhanden gelten, wo das Recht, wie in dem Worte „igitur" in l. all. 1., die Zurückforderung gestattet. Vor einem solchen Irrthum kann, wenn z. B. die frühere Zahlung in einer Menge einzelner Posten geschah, selbst der fleißige Hausvater sich nicht immer bewahren. Nach l. 11. C. 4. 5. soll, was dem unbefangenen Urtheil von selbst sich empfiehlt, bei Zahlung einer Nichtschuld zunächst Irrthum, wenn aber nach den Umständen dieser wegfällt, transigendi animus angenommen werden. Mithin wird man, wo der letztere als ausgeschlossen sich ankündigt, immer wieder auf den error zurückgeführt, und animus *donandi* beseitigt, s. Wochenbl. f. Rfälle 1848. S. 244.

S. 487. Fr. 2. Eine falsche Anwendung der condictio ex injusta causa und des „nemo cum damno alterius locupletior fieri debet" wurde 1833

*) Z. B. die Erben des Depositars oder Commodatars, welche die deponirte oder geliehene Sache, in der Meinung, sie gehöre zur Erbschaft, verkauft haben, haften auch nur für den Kaufpreis, und nur noch soweit sie von ihm haben, l. 1. §. ult. l. 2. D. 16. 3., deshalb wird doch niemand folgern wollen, die act. depos. oder commod. gehe nur auf die Bereicherung.

Digitized by Google

von der Facultät Leipzig, dem A. Ger. und dem O. A. G. in Dresden in folgendem Falle zurückgewiesen. Der Domherr X. ward 1814 von dem Gouvernement des Königreichs Sachsen als Verräther und Spion aus dem Kapitel in Zeitz entfernt. Allein ein Spruch des Obertribunals Berlin von 1820 hob jene Ausstoßung als widerrechtlich auf. Nun klagte X. gegen den in seine Pfründe gerückten Domherrn auf Rückerstattung der Einkünfte bei des letzteren forum domicilii im Königreiche Sachsen. Man hielt der Klage aber entgegen: man muß bei Anwendung des römischen Rechts, dessen Entwicklung durch mehr denn tausend Jahre sich hindurchzieht, vor dem Fehler sich bewahren, daß man zu Erläuterung specieller Fälle geschehene Aeußerungen in extensiver Allgemeinheit und außer dem Zusammenhange als Norm betrachtet, z. B. die l. 1. §. 3. D. 12. 7., oder l. 206. D. 50. 17. Als höher stehende Regeln gelten l. 90. l. 128. 151. 169 ib. Der Beklagte war billig als ein solcher aufzufassen, welcher seinen Hausstand, die Genüsse, die er sich erlaubte, die Wohlthaten, die er Andern erwies, nach seinem bona fide für rechtmäßig gehaltenen Einkommen bemessen hat. Sein Reicherwerden darf nicht zu einem Ersatz dessen, quod prima ratione fuerit, sondern blos zur Erstattung dessen, quod durat. l. 23., 25. 11. D. 5. 3., führen. Ob Bereicherung vorliege, muß, wenn dem Klagenden aus seiner Bereicherung eine Einrede entgegengesetzt wird, nach dem Zeitpunkt der Klageanstellung; wenn er belangt wird, nach der Zeit der Litiscontestation ermittelt werden: l. 50. pr. D. 24. 1. l. 47. pr. D. 46. 3. l. 4. D. 44. 1., l. 37. D. 3. 5. l. 34. §. 4. 4. 20. D. 4. 2., Sell Versuche S. 23. Wochenbl. f. Rechtsf. 1846. S. 1. f. g.

Die condictio sine causa findet auch in dem Falle auf Zurück- S. 490.
gabe des erweislich gegebenen statt, wenn z. B. ein Jude mit der gegen einen Christen aus einem außergerichtlichen Schuldschein angestellten Darlehens Klage wegen der Vorschrift des Reichsabschieds v. J. 1555, welche eine obrigkeitlich errichtete Urkunde erfordert, abgewiesen worden ist. Nur kann der Schuldschein nicht zum Beweis des Gegebenen gebraucht werden, wo aber, wie z. B. bei Realcontracten, worunter das Darlehn gehört, die Scriptur nicht zur Gültigkeit des Vertrags absolut gehört, mithin der Beweis auch auf andere Art geführt werden kann, steht der Zurückforderung nichts entgegen, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 161. u. 177. Bd. XVI. S. 169., vergl. Bd. IX. S. 336. Bd. XI. S. 67.

Hinsichtlich der Beweisfrage bei der cond. sine causa dient folgen-

Digitized by Google

der Fall zur Erläuterung. Nach zwei vorausgegangenen Processen, in deren erstem A 500 Thlr. Darlehn von B. und in deren zweitem B 500 Thlr. von A. als Rest auf 1000 Thlr. versprochene donatio remuneratoria, auf welche er 500 Thlr. empfangen habe, begehrt, und in welchen beiden die Beklagten das juramentum delatum über den Klaggrund abgeschworen hatten, stellte nun A. die cond. sine causa auf die 500 Thlr., welche er als empfangen zugestanden hatte, an, und B. wurde auch von O. A. G. in Dresden 1849. zur Zahlung verurtheilt. Denn — hieß es — diese Klage erfordert nicht mehr, als daß die Nichtexistenz desjenigen Rechtsgrundes festgestellt wird, auf welchen Beklagter seine Zurückhaltung des Klagobjects stützt, l. 18. pr. D. 12. 1. — l. 11. §. 6. D. 19. 1. Daß auch nicht irgend ein anderer Grund des Habens für Beklagten spreche, braucht Kläger nicht zu behaupten oder zu erweisen, s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 36.

Depositum.

S. 512. Fr. 4. Der Rechtssatz, daß der Depositar nur dolum und culpam latam zu prästiren habe, leidet eine Ausnahme in dem in l. 1. §. 35. D. 16. 3. bezeichneten Fall: *si se quis deposito obtulit*, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut *non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam* praestet, non tamen casus fortuitos. Ueber den Sinn des offerre sind indessen die Meinungen verschieden, indem Einige das Erbieten von freien Stücken, ohne aufgefordert zu seyn, darunter verstehen, s. Glück P. K. Bd. IV. S. 352. Schilling Lehrb. Bd. III. §. 273. Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. II. S. 667. Andere hingegen ein Vordrängen vor Andern voraussetzen, oder wenigstens für ein freiwilliges Erbieten in dem Fall, wenn das Erbieten aus bloßer Menschenfreundlichkeit gegen denjenigen geschah, welcher seine Sachen sonst nicht unterzubringen wußte, eine Ausnahme statuiren. Höpfners Institt. Comm. S. 839. §. 759. u. S. 860. §. 784., vgl. die Citate bei Glück not. 73.

S. 514. not. *) Die hier angeführte Bemerkung des Bayerischen Gelehrten v. Kreittmair: „daß das depositum unter die contractus stricti juris gehöre," ist ein unläugbarer Verstoß gegen § 28. J. 4. 6. u. l. 1. §. 23. D. 16. 1.

S. 526. Fr. 19. Der Satz: daß gegen ein depositum nie Compensation statt finde, gilt nach dem Gerichtsbrauch, und nach l. 11. pr. C. 4. 34. auch vom deposito irregulari. Krug Lehre v. d. Compensation S. 204. v Hartitzsch Entscheid. S. 100. Ackermann N. G. N. F. S. 82.

Digitized by Google

Dem Deponenten kann die Einrede der Klagverjährung nicht entgegen gehalten werden, l. 17. §. 1. D. 16. 3. — l. 11. C. 4. 34. Will man nämlich auch annehmen, daß die Contractsklage ex deposito, wie jede andere der Verjährung unterliege, so bleibt immer die rei vindicatio, welcher der Depositar im Mangel eines zur Erlangung des Eigenthums tauglichen Titels die Einrede, er sey durch Usucapion Eigenthümer geworden, niemals opponiren kann, l. 2. §. 7. D. 41. 4. — l. 2. §. 1. D. 41. 5. — l. 24. C. 3. 32. Müller Obs. 725. Westphal Arten der Sachen S. 314. Schmidt v. Klagen u. Einreden §. 692. 798. Daß dies auch wider Gerichte anwendbar sey, s. Hommel Obs. 585. Wochenbl. f. Rfälle 1850. S. 489. S. 531. Fr. 20.

Gegen den Satz: „unstreitig sind aus dem deposito irregulari „Verzugszinsen zu entrichten" ist in den krit. Jahrb. von Richter und Schneider v. J. 1848. S. 982. eingewendet worden, daß l. 25. §. 1. D. 16. 3. diese Verbindlichkeit nur anerkenne, wenn der Depositar das unversiegelt übergebene Geld zu seinem Gebrauche verwendet hat. Recensent ist aber hier wohl nur in einem Mißverständniß befangen. Indem nämlich die l. 25 cit. im angeführten Fall ausdrücklich den Depositar nur in usuras *post moram* condemnirt, ist durchaus keine Besonderheit darin zu finden. Ueber die eigenthümlichen rechtlichen Folgen des Verzugs ist ja nirgend ein Zweifel, daher auch bei dem deposito irregulari so wenig als bei dem deposito regulari. v. Vangerow Pand. Bd. III. S. 393. Bucher Recht der Forderungen §. 99. S. 350. v. Hartitzsch Entscheid. Nr. 112. — Streitig ist nur, wie wir auch bemerkt haben die Frage über Zinsen vor dem Verzug, wie sich l. 24. D. 16. 3. ausdrückt, oder mit anderen Worten darüber, ob aus dem irregulären Niederlegungsvertrag selbst nach Umständen eine Zinsenverbindlichkeit erwachse? S. 530. lit. b.

Ein depositum irregulare entsteht, wenn

a) dem Niederlegungscontract ausdrücklich entweder solche Verbindlichkeiten oder solche Befugnisse beigefügt werden, welche nach der Natur desselben ihm nicht inwohnen, oder auch

b) wenn der Niederlegungsvertrag in einer solchen Weise geschieht, daß das wesentliche Merkmal desselben, die Entfernthaltung des Depositars vom Gebrauch der Sache ausgeschlossen bleibt, vielmehr die Zulassung des Gebrauchs als stillschweigend beabsichtet angenommen werden darf, wie es der Fall ist, wenn ich Fungibilien dergestalt deponire, daß der Depositar nicht idem, sondern nur tantundem zu restituiren verbunden ist, was alsdann,

Digitized by Google

wenn ich eine Summe Geldes unverschlossen und unversiegelt übergebe, alleine der Sinn seyn kann.

Den ersten Fall zu a) wenn beispielsweise durch einen Nebenvertrag Zinsen vereinbart wurden, entscheidet l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. l. 28. D. 16. 3. und auch l. 24. i. f. eod. dahin, daß diese Bestimmung des Contracts, wenn sie gleich der Natur des Niederlegungsvertrags nicht gemäß ist, gleichwohl aufrecht erhalten werden müsse.

Der zweite und eigentliche Zweifelsfall zu b) läßt folgende Unterscheidung zu: 1) dem Depositar ward nachgehends der Gebrauch der hinterlegten Fungibilien ausdrücklich gestattet; dann verbindet ihn l. 29. §. 1. D. 16. 3. zu Zinsen; 2) der Gebrauch des Anvertrauten erscheint nur als stillschweigend gestattet, wie im vorangeführten Beispiel zu entnehmen ist, dann wird der Depositar nach l. 24. D. 16. 3. u. l. 31. D. 19. 2. zu einer Zinsenzahlung für das ihm Anvertraute nicht angehalten, da er durch das Uebernehmen der niedergelegten Gelder oder Sachen dem Deponenten eine Gefälligkeit erzeigte.*) In diesem Fall kann er daher nur durch mora in restituendo in eine Zinsenverbindlichkeit verfallen, l. 25. §. 1. D. 16. 3.

Mandatum.

S. 536. §. 1. Wenn der Rechtsanwalt für einen Gläubiger in einem Debitwesen, gegen seine, auf 66 Proc. lautende Instruction, auf 50 Proc. sich verglichen hat, so kann — sprach das O. A. G. in Dresden — der Gläubiger nur durch bündige Nachweisung, wiefern diese Ueberschreitung zur Folge gehabt, daß er weniger, als bei einer der vorgezeichneten Norm entsprechenden Bezeigung des Anwaltes möglich gewesen wäre, wirklich erhalten, eine Schädenklage wider den Anwalt basiren, s. Sächs. Zeitschr. 1841. S. 328.

S. 551. Fr. 13. Die Pflicht zur Verzinsung solchen Geldes, das ein Mandatar zur verabredeten Zeit nicht dem Mandat gemäß verwendete, obwohl er es vorräthig hatte, braucht der Mandant gegen erstern keineswegs noch besonders zu begründen. Zwar werden aus l. 32. §. 2. D. 22. 1. u. l. 13. §. 1. 16. von manchen Rechtslehrern dem mandatario günstigere Folgen gezogen. Allein der Dep. Absch. von 1600 §. 139. begründet wortdeutlich den Anspruch des Mandans auf jährliche 5 Procent, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f.

*) Dabei kommt noch in Betracht, daß, wenn auch der Depositar vom anvertrauten Geld Gebrauch machte, er doch immer eine gleiche Summe disponibel halten mußte, um den Deponenten in jedem Moment befriedigen zu können.

Digitized by Google

Rfälle 1847. S. 401. Auch das O. A. G. in Cassel statuirte 1840, daß ein Verwalter fremden Vermögens, der von dem Gerichte bestellt, in der Regel Zinsen ohne Rechtfertigung müssig gelegener Gelder leisten müsse, Strippelmann Entsch. II. S. 2.

Speditionsgeschäft.

Der Empfänger einer defecten oder beschädigten Ladung hält sich S. 353. nach allgemeiner Handelsobservanz an den Fuhrmann, der sie über- Fr. 14. bringt, oder an den letzten Spediteur derselben. Dieser hat daher, wie in v. Bülow u. Hagemanns prakt. Erörter. Bd. IV. S. 441. not. m. u. S. 444. behauptet wird, die äußerste Sorgfalt und Vorsicht anzuwenden, daß er keine mangelhaften oder beschädigten Güter annimmt, und weiter verladen und verschicken läßt. Diese Sorgfalt muß aber doch wohl auf Wahrnehmung äußerlich erkennbarer Mängel beschränkt werden, nur diese könnten ihn zur Oeffnung und inneren Untersuchung veranlassen, von welcher ihn außerdem die Rücksicht auf Zeit, Kosten und Gefahr der Oeffnung und Wiederverpackung abhalten müßte, s. ein Erk. d. Obertrib. in Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. IV. H. 1. S. 134. mit Beziehung auf Mittermaier deutsch. Privatr. §. 499. Pöhls Handelsr. §. 120. Nr. 2. 3. 4. Maurenbrecher deutsch. Privatrecht §. 367. Bender deutsch. Handelsr. §. 109. no. 2. Büsch Darstellung des Handels. Th. I. S. 219.

Das Speditionsgeschäft ist da, wo kein specielles Handelsgesetz oder keine rechtsgültige Gewohnheit besteht, sondern das gemeine Recht zur Anwendung kommt, als ein Mandatsvertrag zwischen dem Versender und dem Spediteur anzusehen. Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß der Spediteur vermöge allgemeiner Handelsgewohnheit unter allen Umständen auch ohne besondere Verabredung Mandatar des Addressaten sei, läßt sich bei dem Mangel eines allgemein geltenden Handelsgewohnheitsrechts nicht rechtfertigen, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 168.

Wenn der nämliche Spediteur Aufträge vom Absender und vom Empfänger einer Waare erhält, so ist er beiden verpflichtet, er kann aber die Ordre des Empfängers nicht eher ausrichten, als bis der des Absenders Genüge geleistet ist. Es verhält sich gerade eben so, als wenn zwei verschiedene Spediteure vom Absender und vom Destinatar bestellt worden wären. Wie in diesem Fall der Spediteur des letzteren die Waare erst empfängt, wenn der Spediteur des Absenders in Ge-

Digitized by Google

mäßheit des ihm ertheilten Auftrags sie abgeliefert hat, so verhält es sich auch in dem andern.

In dem Falle, aus dessen oberstrichterlicher Entscheidung diese Sätze entnommen sind, hatte der Spediteur vom Absender Ordre erhalten, die Waaren an den Destinatar nicht vor Bezahlung des Betrags und Vergütung der Spesen abzuliefern. Als derselbe nun vom Destinatar in Folge seiner Weigerung, die Ablieferung vor Erfüllung jener Ordre des Absenders zu bewirken, auf Schadensersatz belangt worden war, wurde der Klagegrund, daß der Verklagte die Waare als Spediteur des Klägers in Händen gehabt, aus den angeführten Erwägungen für unerheblich erachtet, und vielmehr angenommen, der Verklagte habe weder ein Recht noch eine Pflicht gehabt, mit der fraglichen Waare den Willen des Klägers (Destinatars) zu befolgen, so lange derselbe ihm noch nicht, der Ordre des Absenders gemäß, den Betrag bezahlt und die Spesen vergütet hatte, s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in der lithograph. Bremer Samml. 1833. S. 161.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers kann der Spediteur bezüglich seiner Spesen nicht in Anspruch nehmen, da das Verhältniß, wenn der Spediteur die Waare auf sein eigenes Lager nimmt, und dafür eine Lagermiethe berechnet, keine für sich bestehende locatio rei ist, sondern ein Theil des Speditionscontractes, nämlich eine Folge der allgemeinen Verpflichtung des Spediteurs für die Unterbringung und Aufbewahrung der Waare zu sorgen, und des Empfängers, die desfallsigen Verwendungen und Gebühren zu erstatten, was sich, wenn man überhaupt den Gesichtspunkt eines Miethverhältnisses anwenden könnte, nur als eine conductio operis betrachten ließe, wobei jenes Pfandrecht nicht stattfindet, s. Erk. des O. A. G. zu Lübeck ebendaselbst 1834. S. 229.

Der Zurückforderung des Speditionsgutes von Seite der Massacuratel des Absenders setzte der Spediteur den Einwand entgegen: aus dem Speditionsvertrag könne nur auf dessen Erfüllung, mithin im gegebenen Falle nur auf Beförderung der Waare an den Destinatar geklagt, nicht aber wegen einer mora des Spediteurs vom Contracte abgegangen werden. Dieser Einwand wurde für grundlos erachtet, da der Speditionscontract in jener Hinsicht nach den Grundsätzen des Mandats behandelt wird, mithin es, so lange res integra ist, dem

Digitized by Google

Absender frei steht, über die Waare anders zu disponiren und sie vom Spediteur zurückzunehmen, ohne daß es dabei auf die Frage, in wie ferne man bei anderen Contracten wegen mora vom Contract abgehen könne, irgend ankömmt, s. Erk. des O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. V. H. I. S. 60.

Einer Klage des Absenders setzte der verklagte Spediteur den Einwand entgegen: da der Destinatar seinen (des Beklagten) Namen dem Kläger aufgegeben gehabt, so sey er nur mit jenem (dem Destinatar) nicht mit dem Kläger (Absender) in das Speditionsverhältniß getreten.

Dieser Einwand wurde verworfen.

Gründe: der Umstand, daß der Name des Beklagten dem Kläger vom Destinatar aufgegeben worden, ist unerheblich und ohne Einfluß auf das Verhältniß zwischen den jetzt streitenden Theilen; denn sobald der Absender, wie hier geschehen ist, in seinem Namen dem Spediteur den Auftrag zur Spedition giebt, und der Spediteur den so ertheilten Auftrag annimmt, so entsteht ein Contractsverhältniß zwischen ihm und dem Absender, und es ist der Natur der Sache nach ganz gleichgültig, ob der Absender selbst ihn als Spediteur erwählt, oder seinen Namen von dem Committenten aufgegeben erhalten hat. Nur in dem Falle würde dies anders seyn, wenn der Committent dem Absender den Spediteur zu dem bestimmten Zwecke, daß an den letzteren, als seinen Mandatar die Tradition der Waare für ihn geschehen solle, aufgegeben und zugleich den Spediteur in dieser Maaße zum voraus instruirt hätte. Hievon aber hat der Beklagte nichts behauptet, vielmehr selbst angegeben, daß er erst nach Empfang des Briefs des Absenders von dem Destinatar (an dessen Verfügung er von jenem gewiesen war) wegen der Waare Ordre eingeholt und erhalten habe, s. Erkenntn. d. O. A. G. in Lübeck. Ebend. S. 60.

Das Appell. Ger. in Leipzig verbreitete sich über die Befugnisse des Spediteurs folgendermaßen, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1851. S. 369. Der Absender kann, wenn die Weiterbeförderung des dem Spediteur übermachten Weins wegen Widerspruch des Abkäufers unterblieben ist, auf Rückgabe des Weins klagen. Einwenden darf aber der Spediteur: er habe, nachdem in der Zwischenzeit der Wein kahnig und üblen Geschmackes zu werden begonnen, ihn versteigert und hafte nur für den Erlös. Denn 1) das Verhältniß erscheint als Mandat. 2) Der obige

Digitized by Google

Widerspruch berechtigte den Spediteur noch nicht zum Verkauf des Weins, sondern befreit ihn nur, wenn auch Kläger ihn zurückzunehmen ablehnt, von anderer Haftung als der für dolus, l. 5. l. 17. D. 18. 6. — 3) Auch führt nicht schon die Ausflucht, daß der Spediteur für Auffüllen des Weins Verlag habe, zur Abweisung des Klägers, das gab dem Spediteur blos ein Retentionsrecht am Wein, allein er wurde dadurch nicht zum Verkauf berechtigt, s. Kind IV. 21. Ed. 2. Glück P. K. XVI. S. 122. — 4) Dagegen mischte sich nach obiger Einrede eine neg. gestio bei. Der Umstand, daß der Spediteur, wie er anführt, auch um zu seinen Spesen zu kommen, den Wein losschlug, ist ihm nicht nachtheilig. Dieser Vortheil kam als etwas Zufälliges dazu; die zugleich mit der neg. gestio bewirkte Besorgung eigener Angelegenheiten schließt die neg. gestio nicht aus, l. 40. D. 3. 5. — l. 6. §. 2. l. 19. §. 2. D. 10. 3. — l. 9. §. 4. D. 42. 5. — l. 18. §. 1. C. 3. 36. Sintenis Civilr. II. S. 585. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 369.

Commissionsgeschäft.

S. 555. Beim Commissionsgeschäft sind die Ansichten darüber verschieden, ob der Commissionär bei einem Auftrag zum Einkauf Waaren von seinem eignen Lager geben, oder bei einer Verkaufscommission selbst die Waare als Käufer übernehmen kann. — Lauterbach comp. jur. XIX. 3. tit. c. und Riccius in Exerc. camb. XI. Sect. II. p. 24. erachten es dann für zulässig, wenn dem Commissionär ein Limito gegeben ist; Pöhls in der Darstellung d. Handelsr. Bd. I. S. 256. 262. behauptet dagegen, der Commissionär müsse jedenfalls erst den Handel mit Andern abzuschließen suchen; der Code civil Art. 1596. verbietet es dem Commissionär bei Strafe der Nichtigkeit und nach der Bemerkung Mittermaiers im deutsch. Privatr. Bd. II. §. 551. giebt man ihm dieses Recht auch in England und Amerika nicht; dagegen das Badische Handelsrecht Art. 92aa es für zulässig erklärt, Bender in d. Grunds. d. Handelsr. erklärt es S. 216. not. d. u. S. 227. für eine jedoch verwerfliche Handelsgewohnheit, daß der Commissionär die Sendung für eigene Rechnung und zwar dem Limito gemäß kaufen könne, ob er gleich streng genommen den gerade jetzt am Verkaufsort gültigen Preis entrichten sollte, und eben so wenig, wenn er die ihm zum Verkauf übertragenen Waaren an einen Dritten über das Limito absetzt, den Ueberschuß als reinen Gewinn für sich einziehen dürfte. Das wäre auch offenbar eine unhaltbare consuetudo legi contraria, l. 10. §. 8. D. 17. 1. und der eigen-

Digitized by Google

thümlichen Natur des Commissionsgeschäfts entgegen, denn gerade deswegen wendet man sich an einen Commissionär, um von den momentanen Chancen, die auf dem entfernten Platze eintreten, sogleich Nutzen ziehen zu können, außerdem würde man sich besser direct an die Eigenthümer wenden und die Provision ersparen. — Gemeinrechtlich ist wohl der Meinung in Treitschke's Rechtsgrundsätze v. Commissionshandel S. 15 u. 16. zu folgen, welcher behauptet, daß nach allgemeinen Grundsätzen und dem deutschen Handelsgebrauch es dem Commissionär allemal frei stehe, selbst die Waaren zu liefern oder zu übernehmen, in so fern dabei Zweck und Vortheil des Committenten eben so wie bei einem Handel mit Dritten erreicht wird, s. auch Maurenbrecher t. Privatr. §. 353. Mittermaier Grundsätze d. deutsch. Privatr. § 551. Aufl. VI., welcher eben so richtig bemerkt (s. §. 552. no. XI.): hat der Commissionär von einem Kaufmanne Einkaufs-, von einem Andern Verkaufscommission, so muß er die Interessen beider Committenten zweckmäßig zu vereinigen suchen.

Die Provision — gewöhnlich 2 Procent — ist dem Commissionär zwar nicht erworben, wenn das Geschäft nicht zu Stande kommt, wird es aber vom Committenten widerrufen, so erhält gewöhnlich der Commissionär eine s. g. Auslieferungsprovision (commission de vente tentée), d. i. die Hälfte der Verkaufsprovision, Pöhls l. c. S. 267.

Wenn der Commissionär den Auftrag hatte, auf Credit zu verkaufen, so braucht er, selbst wenn er del credere steht, nicht mit Ersatz seiner Spesen bis zum Eingang des Kaufgeldes zu warten, Treitschke l. c. S. 50.

Daß der Rücktritt des Commissionärs nur soweit rechtlich möglich ist, als dem Committenten aus der anfänglichen Uebernahme und dem nachmaligen Aufgeben kein Schaden erwächst, fließt aus den gesetzlichen Bestimmungen über den Mandatsvertrag; weniger bestimmt erklären sich andere Lehrer des Handelsrechts, wie Pöhls l. c. S. 253. dahin, daß der Commissionär nur ausnahmsweise aus triftigen Gründen die Commission kündigen dürfe.

Actio institoria.

Bei dieser Klage kommt es hinsichtlich der Haftung des Principals aus unerlaubten Handlungen des Factors darauf an, ob die Widerrechtlichkeit beim Abschluß des Contracts, bei der Erfüllung des Contracts oder unabhängig vom Contracte geschah, Thöl Handelsr. S. 122. Ed. 2. S. 571. Fr. 4.

Digitized by Google

Bei dem Handeln des Factors gegen die Vollmacht, wenn der Dritte triftige Gründe hatte, den Contract der Vollmacht entsprechend zu halten, haftet der Principal, da er selbst als Contrahent angesehen wird, und auf das Widerrechtliche als solches kommt nichts an.

Eine unrechtlicher Weise von Seite des als Mittelsperson zur Erfüllung eines Contracts gebrauchten Factors nicht gehörig bewirkte Erfüllung eines Contracts kann den Principalen nur nach den Grundsätzen über Zuziehung von Mittelspersonen verpflichten, so daß die Eigenschaft als institor hier gar nicht weiter in Betracht kommt. Seine Verantwortlichkeit beschränkt sich daher nur auf den Fall, daß er in der Auswahl der Mittelsperson nicht vorsichtig zu Werk gegangen ist.

Für unabhängig vom Contracte, und dessen Erfüllung, begangene Widerrechtlichkeiten des institor haftet der Principal nicht, wenn auch das Verhältniß des institor dazu die Gelegenheit gab, Thöl l. c. S. 124. not. 5. Emminghaus Pand. d. gem. Sächsischen Rechts. S. 543.

Die Handlungsreisenden, welche von Handlungshäusern zur Vermittelung der Geschäfte auf Reisen gesendet werden, sind nach der besonderen Beschaffenheit des Auftrages entweder als Factoren oder als Beauftragte zu betrachten. — In Bezug auf die von einem solchen Reisenden abgeschlossenen Geschäfte kömmt es darauf an, ob sein Auftrag nur dahin geht, daß er Geschäfte für sein Haus vermittelt, und ertheilte Aufträge an das Haus befördert, so daß erst der Herr das Geschäft genehmigen muß, oder ob er zum endgültigen Abschluß des Geschäfts im Namen des Hauses ermächtiget ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 538. Ed. VII.

S. 577. Fr. 5. Der Satz: daß der institor in der Regel nicht mit seinem eigenen Vermögen aus Geschäften, welche er in der declarirten Eigenschaft eines institor geschlossen hat, verpflichtet sey, hat gegen die von uns angeführten Dissentienten für das heutige gemeine Recht eine umfängliche Bestätigung in der schätzenswerthen Monographie von Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen §. 21. erhalten. „Während es bei den Römern jedermann als sich von selbst verstehend ansah, daß der Mandatar stets selbst verpflichtet werde, ist es umgekehrt eine unbestreitbare Thatsache des heutigen Rechtslebens, daß derjenige, welcher im Namen seines Principals einen Vertrag abschließt, nur diesen, nicht aber sich verpflichten will. Es steht also im heutigen Rechte fest, daß die Verbindlichkeit zur Erfüllung des von einem Mandatar im Namen des Mandanten eingegangenen Vertrages allein in der Person des letzteren begründet wird, indem dieser vermöge rechtlicher Fiction als der Contrahent anzusehen ist.“ l. c. S. 236.

Digitized by Google

Mit großem Aufwand von Gelehrsamkeit wird bewiesen, daß die Schranken, welche der Realisirung der eigentlichen Absicht dieser Verträge, den Mandanten zu obligiren, im römischen Recht entgegenstanden, gegenwärtig ihre Bedeutung verloren haben, nachdem unter den Juristen des vorigen und jetzigen Jahrhunderts die Ansicht von der Zulässigkeit der freien Stellvertretung bei der Abschließung eines verpflichtenden Vertrages sich befestiget hat, dergestalt, daß mandans und mandatarius im Verhältniß zu Dritten als eine Person angesehen werden. S. 226.

Assignation.

Nach der gesetzlichen Bestimmung: mandatum morte mandantis solvitur, l. 26. pr. D. 17. 1. würde eine Assignation, wenn der Assignant mittlerweile stirbt, nach seinem Tode nicht mehr gültig an den Assignatar bezahlt werden können. Aber nach einer allgemeinen durch ganz Deutschland angenommenen Praxis in Ansehung der kaufmännischen Assignationen hört das dem Assignaten durch die Assignation gegebene Mandat zu zahlen durch den Tod des Assignanten nicht auf, s. Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 334. Nach römischen Gesetzen bleibt übrigens das Mandat, und sonach die Assignation wenigstens dann gültig, wenn der Mandatar oder Assignat prästirt, während er von dem Tod des Mandanten oder Assignanten nichts weiß, §. 10. J. 3. 27. — l. 26. pr. cit. — l. 77. §. 6. D. de legat. II. Glück P. R. XV. S. 332. S. 588. Fr. 7.

Negotiorum gestio.

Einen Beleg für die hier vorgetragenen Sätze giebt eine Entscheidung des O. A. G. in München in Seuffert u. Glücks Blättern f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 377. über den Fall, wo ein prätensiver negotiorum gestor für einen Andern eine Schuld bezahlt hat. „Allerdings — heißt es hier — kann durch Zahlung der Schuld eines Andern die Geschäftsführungs-Obligation begründet werden. Wenn nun aber eine solche Zahlung unter Umständen geschehen ist, unter welchen nicht nur kein besonderes Motiv solcher Einmischung vorlag, sondern auch keine Schwierigkeit obwaltete, die Erklärung desjenigen, für welchen gezahlt wurde, vor der Zahlung einzuholen, so ist dem gegen Letzteren erhobenen Anspruch auf Erstattung des ausgelegten Geldes, sofern dieser die Nützlichkeit der angeblichen Geschäftsführung z. B. durch Einwendungen gegen die getilgte Forderung (vgl. l. 43. D. 3. 5.) beanstandet, nicht statt zu geben. Es kann hier dem Beklagten nicht zugemuthet werden, über die Einwendungen, wegen welcher er das S. 592. not. *)

Digitized by Google

Bezahlte, nicht oder noch nicht schuldig gewesen zu seyn behauptet, mit einem Dritten Prozeß zu führen, dessen Bezahlung einer fremden zumal beanstandeten Schuld das Gepräge eines utiliter gestum durchaus nicht an sich trägt."

Kaufvertrag.

S. 614. §. 1. Daß das „in dubio contra venditorem interpretatio facienda" im innern Wesen des Kaufs gegründet sey, wird, gegen die krit. Jahrbücher f. R. Wiss. III. S. 886, von Treitschke in der Sächsischen Zeitschr. 1840. S. 481. besonders daraus gezeigt, daß dem Käufer billig keine Bekanntschaft mit dem, was Verkäufer zu leisten vermag, anzusinnen, wohl aber der Verkäufer, der ohnehin der Erfahrung nach, gewöhnlich leges contractus dicit, in Schuld ist, sofern der Käufer ein Mehreres sich zugesagt aus nicht verwerflichen Gründen glaubt, l. 63. §. 1. D. 18. 1. Aus gleicher Ansicht entsprang, l. 40. pr. D. ib., die abweichende, in l. 34. pr. ib. hingegen erklärt sich blos als positive Ausnahme, weil im Einzelfall der Jurist ein Uebergewicht von Schuld dem Käufer beimaß.

S. 614. §. 1. Ist ein Kauf mit zwei Käufern, ohne daß physisch getrennte Antheile an Jeden verhandelt werden, geschlossen, so kann in der Regel nicht Ein Mitkäufer auf Erfüllung pro rata klagen. Der Verkäufer retinirt die ganze Sache, bis das ganze Kaufgeld bezahlt ist, l. 13. D. 19. 1. l. 31. §. 8. D. 21. 1. Glück XVII. S. 214. Selbst das Erbieten zu dieser vollen Zahlung frommt dem Mitkäufer alsdann nicht, wenn z. B. im verkauften Hause dem Verkäufer Wohnung vorbehalten, oder Terminzahlung des Kaufgeldes bedungen war. Der Verkäufer kann nicht genöthigt werden, während er zwei personis sibi obligatis gegenübertreten wollte, nur Eine als Schuldner anzunehmen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in d. Sächsischen Zeitschr. VII. S. 128.

Die Abrede zwischen dem Gutsverkäufer und dem Käufer: „letzterer solle in den seitherigen Pacht eintreten, und der Verkäufer für alle Ansprüche des Pachters gerecht werden;" begründet nach einem Spruche des O. A. G. in Dresden v. J. 1852. keineswegs die Folgerung, daß der Verkäufer auch die vom Pachter z. B. in Staatsschuldscheinen ihm bestellte Caution dem Käufer aushändigen müsse, l. 6. D. 18. 4. führt nur dahin, daß Letzterer auch an jene Caution, wo nöthig, sich halten können, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1853. S. 17.

Digitized by Google

Den Fall einer emtio rei speratae entschied das A. Ger. Leipzig folgendermaßen: A. hatte am 13. Juni 1834 „die Obsternte in seinem Garten an B. für 60 Thlr. verkauft.“ Des B. Zahlungsweigerung ward zurückgewiesen; ist auch wirklich gar kein Obst gereift, so mußte B. diese Abweichung von dem gewöhnlichen Gange der Natur als Einrede darlegen; ja es hat B. das periculum, weil am 13. Juni hartes Obst tragende Bäume abgeblüht und das Obst angesetzt haben, selbst zu tragen: §. 3. f. 3. 23. l. 1. C. 4. 48. Berger Oec. III. 5. 3. 2., es wäre denn ein Anderes ausgemacht, s. Wochenbl. f. Rfälle 1842. S. 263.

In dem Fall, wenn etwas verkauft wurde, was einem bereits bestandenen gesetzlichen Veräußerungsverbot unterlag, ist zwar die Unzulässigkeit einer auf den Vollzug des Kaufs gerichteten Klage unzweifelhaft, aber ob auch ein Rückforderungsrecht von Seite des Verkäufers, welcher die Sache schon übergeben hat, zu statuiren sey, wird von Einigen verneint, falls dem Verkäufer das Verbot bekannt war, s. Glück P. R. Bd. XVI. S. 40 ꝛc. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 76. S. 322. von Andern hingegen unter allen Umständen aus dem Grund der Nichtigkeit des Geschäfts nach l. 34. §. 1. D. 18. 1. der Vindication des Verkäufers statt gegeben, Leyser Sp. 190. M. 1. Hellfeld Jurispr. for. §. 975. Curtius Handb. d. im K. Sachsen geltenden Civilr. Bd. IV. S. 9. Dieser Meinung hat das O. A. G. in Jena in einem in Emminghaus Pand. S. 546. no. 4. abgedruckten Erkenntniß den Vorzug gegeben, weil, wenn eine Rückforderungsklage nicht gestattet wird, das Gesetz stets willkührlich umgangen werden könnte. S. 623. §. 5.

Aus den hier und S. 243. Fr. 1. vorgetragenen Sätzen folgt, daß die Gefahr nichts destominder auf den Käufer übergehe, wenn gleich der Verkäufer sich bis zu einem bestimmten Tag den Gebrauch der verkauften Sache vorbehalten hat, und dieselbe vor diesem Tag durch einen zufälligen Brand untergeht, s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in d. Hamburger Samml. I. 2. S. 331. S. 631. Fr. 16.

Daß die Perfection des Kaufs, mit welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, erst von einer Abnumeration abhängig gewesen sey, kann in dem Fall nicht behauptet werden, wo eine gewisse Anzahl in ein Verzeichniß gebrachter Waaren um einen Gesammtpreis verkauft worden ist. Ebend. S. 329. S. 633. lit. c.

Digitized by Google

Symbolische Tradition

S. 635. lit. f. Die Frage: ob die kaufmännische Sitte, nach welcher der Käufer auf die Waare sein kaufmännisches Zeichen setzt, wie Mittermaier deutsch Privatr. §. 565. (§. 511.) und Morstadt im Commentar zu Martens Handelsrecht §. 15. C. S. 28. annimmt, absolut als symbolische Tradition gelte, wird von dem O. A. G. zu Lübeck verneinend entschieden, s. Bremer Samml. 1850. S. 173. Dasselbe folgt auch im Handelsrecht der in der Natur der Sache, wie in den Gesetzen l. 1. §. 2. D. 18. 6. begründeten Ansicht, daß das Signiren einer in fremden Gewahrsam befindlichen und verbleibenden Waare nicht als wahre Apprehension gelte, vielmehr nur darauf in dubio zu beziehen sey, daß eine Verwechslung derselben mit anderen Waaren habe verhütet werden sollen, s. auch Savigny Recht des Besitzes §. 16. Pöhls Darstellung d. gem. deutsch. Handelsr. Th. I. S. 179. Seuffert im Archiv f. Entscheid. Bd. III. H. 2. S. 170. bemerkt hiebei: „Unter besonderen Umständen, wo wenigstens die Möglichkeit einer Corporal-Apprehension gegeben ist, wird allerdings eine blos mit Zeichen versehene Waare als übergeben und empfangen gelten können."

S. 637. Fr. 18. Für die von uns bevorzugte Meinung, vergl. Bd. I. S. 220. Fr. 2. u. S. 300. Fr. 18. der Satz, daß dolus des Käufers, wodurch der Verkäufer zu dem Geschäft bewogen worden, den Uebergang des Eigenthums hindere, könne keine Anwendung gegen den redlichen dritten Besitzer finden hat auch das O. A. G. in Dresden 1849. mit dem Bemerken entschieden, daß blos die Contractsklage gegen den Käufer übrig bleibe, Thibaut System §. 149. Kind IV. 13. Reinhard Ordn. d. Gläubiger. S. 19.

Laesio enormis.

S. 639. Fr. 20. Die Erfordernisse der laesio enormis, welche ein „Apothekenkäufer" geltend machen will, der unter der Bedingung, daß er von der Obrigkeit Concession erhielte, (was auch geschah) erkauft hatte, wurden wie folgt aufgestellt:

1) Von dem Spruchcolligium in Leipzig 1849. Er hat darzulegen:

a) den Werth des Kaufgegenstandes, wie er zur Zeit des Handels war, Treitschke Kaufcontr. S. 251.

b) Den relativen Werth, welchen gerade für den Käufer aa) die zweckmäßige Einrichtung des Ganzen hat. Dieser beruht auf passenden Localitäten für Officin und Vasa, und oft kostspieligen Baulichkeiten, was nur der Pharmaceut beurtheilen kann. bb) Fer-

Digitized by Google

ner den Werth der Kundschaft, diese wird hervorgerufen, theils durch die Macht der Gewohnheit, wobei es auf unmittelbaren Anschluß an einen Vorgänger, theils durch den Bedarf, wobei es auf die Entfernung anderer Apotheken ankommt. Alles das kann wiederum nur von Sachverständigen bemessen werden.

2) Von dem O. A. G. in Dresden 1850.

Nur der relative Werth kann entscheiden. Diesen zu bewahrheiten, war es der unrichtige Weg, daß Käufer durch Baugewerbe den Hauswerth, durch Waarenkundige die Vorräthe, durch Apotheker das Inventar schätzen ließ. Bei Dingen des allgemeinen Bedürfnisses, Kleidern, Nahrungsmitteln, würde dies ausreichen, weil hiebei eben nur ein absoluter Werth in Betracht kommt.

Allein eine Apotheke kauft man unter obigen Umständen nicht, um Hausbesitzer zu werden, sondern um ein Gewerb zu treiben.

Völlig ist dieser Werth von dem Affectionswerth verschieden, welchen z. B. ein Haus um deswillen für A. hat, weil es lange Zeit im Besitz seiner Familie war. Der relative Werth steht zwischen diesem Affectionswerth und dem absoluten Werthe, der in der Eigenschaft einer Sache als Gegenstand des Vermögens für Jeden, ohne Unterschied, besteht, in so fern in der Mitte, als er Vermögens-Interessen, wenn auch nur individuelle berührt. In dieser Weise müssen die Lehrsätze bei Mühlenbruch Pand. §. 406. Puchta Pand. §. 364. Schilling Instit. §§. 290. 300. näher bestimmt werden, s. Wochenbl f. Rechtsf. 1850. S 219. Gambon Beitr. z. Obligat R. 1851. S. 172.

Die Rescissionsklage wird dadurch, daß der Käufer die Sache weiter verkauft hat, nicht ausgeschlossen, wenn nur der Käufer wieder in die Lage gekommen ist, dem Verkäufer die Restitution der gekauften Sache anbieten zu können, s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in der Hamb. Samml. I. 2. S. 345. S. 639. lit. b.

Ebendaselbst S. 342. ist die in Pöhls Handelsrecht S. 162 aufgestellte Behauptung, daß im kaufmännischen Verkehr die Rescission eines Handels wegen Verletzung über die Hälfte überall nicht zulässig sey, verworfen worden. Uebereinstimmend damit ist auch Bender in d Grundf. d. deutsch. Handelsr. Bd. I. S. 182. Thöl Handelsr. I. S. 203. not. 20.

Das O. A. G. in Dresden bedingt die Rescissionsklage von Seiten des Verkäufers damit, daß er darthue, aus Noth, oder aus Irrthum, oder aus Uebereilung zu wohlfeil verkauft zu haben, s. Wöchenbl. f. Rfälle 1852. S. 353. Ebendaselbst wird auch die Frage, ob dem Verkäufer die Rescissionsklage auch dann zustehe, wenn er bezüglich

Digitized by Google

der verkauften Sache Sachverständiger ist, mit Beziehung auf l. 1. §. 5. D. 47. 10. — l. 145. D. 50. 17. — c. 27. X. de R. J. in 6to Wernher III. Obs. 202., Lauterbach XVIII. 5. §. 13. Westphal Kauf §. 803. verneint. Für die entgegengesetzte Meinung Anderer spricht dieses, daß wenn gleich bei anderen contractlichen Verhältnissen in den Gesetzen gesagt ist, daß die imperitia dem, der sich als Sachverständiger gerirt, als culpa anzurechnen sey, l. 9. §. 5. D. 19. 2., doch bei der laesio enormis ausdrücklich anerkannt ist, daß die culpa des Lädirten dessen Rescissionsansprüchen nicht entgegenstehe, l. 1. C. 5. 74. l. 15. i. f. C. 4. 44.

S. 641. Fr. 23. Die Rechtsgleichheit erfordert, daß der Käufer, wenn er die Vorschrift der l. 2. 8. C. 4. 44. für sich anrufen will, auch für den Verkäufer das Wahlrecht anerkennen muß, entweder den Contract gegen Zurückgabe des Gegebenen und Leistung des Empfangenen aufzulösen, oder das zuviel Erhaltene zu vergüten. Daher kann ein auf Bezahlung des Kaufgelds belangter Käufer sich der Einrede der Verletzung nicht bedienen, wenn er die vom Kläger erkauften Waaren nicht mehr besitzt, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seufferts Archiv Bd. II. H. 3. S. 345.

Hat der Verkäufer, welcher sich über die Hälfte verletzt erachtet, Zahlungen am Kaufschilling angenommen, sich aber dabei sein Recht, auf Wiederaufhebung des Verkaufs anzutragen, ausdrücklich vorbehalten, so kann dieser Vorbehalt nicht als eine protestatio facto contraria schlechthin als unwirksam betrachtet werden, denn beide Handlungen stehen einander nicht e diametro entgegen. Indem nämlich sein Gegner doch die Wahl behält, ob er durch verhältnißmäßiges Nach- oder Rückzahlen bis zum wahren Werth die Rescission abwenden und den Vertrag aufrecht erhalten wolle, bleibt immer die Voraussetzung übrig, daß der Gegner, wenn es zur Klage kömmt, die Ergänzung des Werths statt der Wiederaufhebung des Vertrags wählen werde, s. Erk. des O. A. G. in Dresden, im Wochenbl. f. merkw. Rfälle 1850. S. 480.

Den S. 639. not. **) bemerkten Ausnahmsfall, daß nämlich bei Käufen zwischen Eltern und Kindern, von den Erben des Verkäufers eine Klage wegen Verletzung über die Hälfte nicht angestellt werden könne, wenn sie nicht vom Verstorbenen vorbereitet worden ist, erkennt das O. A. G. in Dresden nicht im Gerichtsbrauch gegründet. Ebendas. S. 475.

Nach der früheren Sächsischen Praxis war das Rechtsmittel aus der Verletzung über die Hälfte bei dem Vorbehalt eines Auszugs in

Digitized by Google

einem Kauf wegen Ungewißheit des Kaufpreises ausgeschlossen, s. Hommel Obs. 114. Urtheil des Schöppenstuhls in Leipzig in Emminghaus Pand. S. 707. no. 6., aber vermöge einer Bekanntmachung des K. Sächs. O. A. G. v. 2. Okt. 1839. in der Gesetzs. S. 277. wurde mit gutem Grunde vielmehr festgesetzt, daß gedachtes Rechtsmittel nicht ausgeschlossen sey. Nur dann, wenn zwar sehr niedrig gekauft worden ist, aber mit Verabredungen, welche den Werth dessen, was vom Käufer geleistet wird, nicht nach Wahrscheinlichkeit bemessen lassen, muß die Rescissionsklage wegfallen, s. Wochenbl. f. Rfälle. 1846. S. 349. Die Berechnung des Werths des Auszugs aber kann nach den in l. 68. ad leg. Falcid. (35. 2.) aufgestellten Grundsätzen gar wohl geschehen, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 907. Ed. II.

Kauf durch Versteigerung.

Eine nothwendige Subhastation, — erachtete 1851 das Spruch- S. 654.
collegium zu Leipzig, — kann nicht darum, weil, nachdem der Zuschlag erfolgt, Concurs über den Eigenthümer eröffnet ward, wieder aufgehoben werden, sie ist ein Akt des Staats; die Gläubiger haben nicht mehr Recht, als der Cridar, S. Zeitschr. f. Rechtspfl. IX. S. 263. Höpfner Beitr. I. S. 134.

Die in obiger Procedur erlangten Licita, welche vor der Concurseröffnung eingezahlt wurden, sind zur Befriedigung des Extrahenten zu verwenden, der im Concurse dieserhalb sich nicht zu melden braucht.

Nur die Praxis hat den Satz über Attractivkraft des Concurses herangebildet, und nur in dem Sinne, daß gegenüber dem Gemeinschuldner noch streitige Verhältnisse im Concurse mit zu behandeln sind, Kori Conv. §. 21. Ackermann Rechssätze. N. F. II. S. 66. Auch das O. A. G. in Dresden sprach 1846. und 1848. aus: der Richter stehe im obigen Falle zu dem Creditor als depositarius, s. Wochenbl. f. Rfälle 1849. S. 366. 451.

Eine Subhastation muß als nichtig aufgehoben werden, wenn er- S. 655.
wiesen wird, daß alle erschienenen Bieter sich verabredeten, im Termine Fr. 4.
bloß im Interesse des Einen, welcher allein wirklich den Ankauf beabsichtete, zu bieten, indem da ein wesentliches Erforderniß der Subhastation blos simulirt war, l. 54. D. 44. 7. — l. 21. C. 2. 4., s. Erk. des O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1850. S. 153., vergl. Strippelmann Entscheid. Bd. VIII. v. d. Subhastation.

Leibrenten, deren Verjährung.

Der Beweis, durch welchen die Einrede der Verjährung entkräftet S. 671.
werden soll, liegt dem Kläger ob, da Zahlungen, als etwas Faktisches Fr. 15.

Digitized by Google

nicht vermuthet werden, s. Erk. des O. A. G. zu München in Seufferts Archiv Bd. I. H. 2. S. 161.

Kauf eines Lotterielooses.

S. 670. Fr. 11. Der ziemlich allgemein angenommene Grundsatz, daß der Empfänger eines unverlangt ihm zugesandten Lotterielooses durch das Behalten desselben nicht verpflichtet werde, dürfte wohl dann eine Ausnahme erleiden, wenn beide Theile schon früher in Geschäftsverhältnissen gestanden haben, wo anzunehmen ist, der Spielkunde wolle fortspielen, so lange er schweigend Looſe acceptirt, — ferner wenn jemand unbestellt empfangene Looſe unter von ihm gestellten Bedingungen behalten zu wollen erklärt, auf abschlägliche Erwiederung des Collecteurs aber dennoch die Looſe behält, s. Weiske's Rechtslexikon Bd. VI. S. 763.

Altentheils-Vertrag.

S. 688. Fr. 10. Gegen die von Hänsel in der Lehre vom Auszuge Th. II. §. 30. aufgestellte Meinung, und viel mehr übereinstimmend mit Runde Rechtslehre v. d. Leibzucht Th. II. §. 30. hat das O. A. G. in Dresden in einem im Wochenbl. f. Rfälle 1848. Nr. 10. angeführten Erkenntniß sich dafür entschieden, daß die römisch rechtlichen Grundsätze über usus und habitatio (vgl. Bd. II Abth. I. S. 306. Fr. 27.) auf den Auszugsvertrag wegen seiner wesentlichen Verschiedenheit nicht anwendbar seyen, daher die Last der baulichen Unterhaltung der Austragewohnung — wie wir bereits bemerkt haben, — nicht dem Austrägler, sondern dem Gutsübernehmer obliege.

Auch hier kommt die schon oben zu S. 303. Fr. 3. zur Sprache gebrachte Frage: ob eine anticipirte Erbfolge als Eigenthümlichkeit der bäuerlichen Gutsabtretung zu betrachten sey, deshalb in Anrechnung, weil der Leibzuchtsvertrag mit der Gutsabtretung in nächster Verbindung steht. Viele bejahen die Frage, z. B. Philipps Grundſ. d. deutschen Privatr. Bd. II. §. 267. Pfeiffer pract. Ausführung Bd. IV. S. 416. Bd. VIII. S. 287. Scholz Zeitschr. f. Landwirthschaftsrecht Bd. I. H. 2. S. 52. Schwarz über Reallasten S. 116. Runde über die verfrühte Erbfolge im Gebiete des deutsch. Privatr. in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. VII. S. 1. Andere verneinen, z. B. Beseler Lehre v. d. Erbverträgen Th. II. Bd. II. S 205. Wolf Lehrb. d. deutsch. Privatr. Th. I. §. 204. Hierüber können wohl nur Provincialrechte und Gewohnheiten entscheiden; häufig bestehet allerdings das Charakteristische bei den s. g. Gutsabtretungen darin, daß die Ueberlassung des Guts in Beziehung auf das Erbrecht erfolgt, wie Gaupp

Digitized by Google

in den krit. Jahrb. f. deutsche R. W. Bd. III. S. 422. bemerkt, aber häufig kommen sie auch blos in Gestalt von Kaufverträgen vor, wie Puchta über die gerichtl. Klagen §. 133. durch Beispiele zeigt.

Der hier aufgestellte Satz: „was sich der Gutsübergebende im Altentheilsvertrag an seinem zuvor gehabten Gutseigenthum noch vorbehält, kann wohl nicht anders, als in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts aufgefaßt werden — freilich aber formell abhängig von den für Constituirung dinglicher Rechte in den Landesgesetzen enthaltenen besonderen Vorschriften" — hat in neuerer Zeit mehrere Anfechtungen erlitten. Man will den Altentheil oder Leibgeding, mittelst dessen der Gutsabtretende sich noch einen bestimmten Theil der Gutserträgnisse auf seine Lebenszeit reservirt, nicht als eine deutschrechtliche Reallast gelten lassen, weil das Ausgeding nur eine vorübergehende Last ist, s. Wolff deutsch. Privatr. §. 203. Duncker Lehre v. d. Reallasten. §. 26. u. 44. Vollgraff im civilist. Archiv Bd. IX. Beilageheft §. 12., welcher Meinung das K. Bayerische Oberappellationsgericht gefolgt ist, s. Seuffert u. Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 12. Die ältere Ansicht, welche unbekümmert darum, ob etwa diese Gutslast dem Begriff der Servituten oder der deutschen Reallast subsumirt werden könne, lediglich auf Natur und Wesen dieses Reservats baute, und die Dauer der Last als etwas zufälliges, allenfalls als ein naturale nicht aber essentiale negotii betrachtete, ist aber fortwährend in mehreren deutschen Obergerichten aufrecht erhalten, namentlich im Königreich Sachsen durch die in die Gesetzsammlung S. 277. aufgenommene Bekanntmachung v. 2. Oct. 1839., s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 902. Nr. 411. d. 2. Aufl. ferner in den Oberappellationsgerichten zu Celle, s. Rüling l. c. Nr. 51. zu Darmstadt, s. Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. V. S. 367. u. zu Cassel, s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 139. u. 193. u. VIII. S. 309. §. 4. und auch von mehreren neueren Autoritäten unterstützt, s. außer den bereits angeführten, Philipps deutsch. Privatr. Bd. I. §. 267. Brackenhöft im Rechtslexikon Bd. V. S. 777. Albrecht über die Gewere. S. 182. Koken die rechtlichen Grundideen d. deutsch. Colonats. S. 72. Hänsel Excurse §. 280. Dieser Ansicht zufolge muß, gleich wie den vor Bestellung des Auszugs contrahirten Hypotheken der Vorgang vor dem Auszug gebührt, so dem Auszug der Vorzug vor den später entstandenen Hypotheken eingeräumt werden, was selbst Puchta über die rechtl. Natur d. bäuerlichen Gutsabtretung S. 136. zugesteht, während er gleichwohl den Begriff einer deutschrechtlichen Reallast bestreitet.

S. 681. Fr. 1.

Digitized by Google

S. 682. Fr. 2. Ueber die Frage: ob der für beide Eltern bedungene Altentheil, wenn einer der Ehegatten stirbt, für den Ueberlebenden noch im ganzen oder nur im halben Betrag fortzubestehen habe, ist die Praxis sehr verschieden. Für ungeschmälerte Fortdauer, wenn nicht im Contract etwas anderes bestimmt ist, oder eine andere Absicht der Contrahenten nachgewiesen werden kann, entschied das G. Hessische O. A. G., s. Zeitschr. f. deutsches Recht. Bd. V. S. 368. Eben so das K. Würtembergische Obertribunal, s. Hufnagel Mittheilungen, N. F. H. I. S. 347. jedoch unter den besonderen Umständen, daß die überlebende Gattin im Falle war, das Haushalten mit mehreren Kindern fortsetzen zu müssen, und sich auch auf eine örtliche Gewohnheit gründen konnte. — Ganz allgemein nimmt hier ein jus accrescendi an: Zachariae lib. Quaestionum Qu. 21. §. 2. Nur zur Hälfte erkannte der überlebenden Wittwe den Altentheil zu, das K. Bayerische O. A. G., s. Seufferts u. Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. I. S. 292. der Regel nach auch d. Kurfürstl. Hessische O. A. G., s. Pfeiffer pr. Ausführung. Bd. VIII. S. 327. jedoch mit der Modification, daß ein größerer Theil als die Hälfte dem überlebenden Gatten in dem Fall zugebilligt werde, wenn mit Rücksicht auf die Kräfte des Hofs die Leibzucht so gering bestimmt worden war, daß sie das wirkliche Bedürfniß des Leibzüchtlers nicht erfüllte, in welchem Falle die Jenem zu Theil werdende Verbesserung möglicher Weise den ganzen Antheil des Verstorbenen consumiren kann, wie auch Koken in d. rechtl. Grundideen d. deutsch. Colonats S. 72. bemerkt. — Dagegen findet man die von uns im Bd. II. Abth. I. S. 307. Fr. 27a angenommene Meinung von dem K. Sächsischen O. A. G. vermöge einer Bekanntmachung in der Gesetzsammlung S. 277. dahin bestätigt: „ist für zwei Ehegatten, welche dann bis zum Tode des einen derselben in unzertrennter Ehe gelebt haben, zusammen ein Auszug auf deren Lebenszeit, durch einen Contract oder eine letztwillige Verfügung vorbehalten worden, so behält der überlebende Theil von den theilbaren Gegenständen und Leistungen, wozu auch der Nießbrauch eines Grundstücks nebst den dazu etwa versprochenen Leistungen gehört, die Hälfte, von den untheilbaren hingegen, wozu unter andern eine Auszugswohnung gehörig, das Ganze. Dabei behält jedoch der überlebende Ehegatte das Ganze der an sich theilbaren Gegenstände, wenn dieselben zur Erhaltung oder Benutzung der dem Ueberlebenden ganz verbleibenden Sache bestimmt sind, z. B. das Futter für eine Auszugskuh, das für die Heizung der Auszugsstube ausgemachte Holz," s. Emminghaus Corpus juris Germ. S. 903. Aufl. 2.

Digitized by Google

Das K. Sächsische O. A. G. statuirt mit Genehmigung des S. 684.
Justizministeriums vermöge einer in der Gesetzsamml. S. 277. enthal- Fr. 4.
tenen Bekanntmachung: „Ein nach Bestellung eines Auszugs anstatt eines früheren eintretender anderweiter Ehegatte einer Auszugsperson hat ohne ausdrücklich auf ihn gerichtete Uebereinkunft keinen Anspruch auf einige Auszugsvortheile; weder bei Lebzeiten des Auszugsberechtigtigten Ehegatten noch nach dessen Ableben. Als eine Uebereinkunft zu Gunsten eines dergleichen anderweiten Ehegatten ist es noch nicht anzunehmen, wenn die Person, welche den Auszug bedungen, denselben nur im Allgemeinen für sich und seinen Ehegatten vorbehalten hat, s. Emminghaus Corpus juris Germ. pag. 903. Das O. A. G. in Cassel hingegen (s. Pfeiffers prakt. Ausführungen Bd. VIII. S. 320.) nimmt an: der einem Mann eingeräumte, und besonders der von ihm als bisherigen Gutsbesitzer vorbehaltene Einsitz, wenn auch er (der Mann) allein bei der Bestellung desselben genannt war, führe von selbst die Befugniß mit sich, eine Frau aufzunehmen, auch wenn er erst nach dieser Bestellung sich mit derselben verehelicht, und eben so die mit ihr erzeugten Kinder, denn in dem Verhältnisse eines mit dem Wohnungsrecht versehenen Auszüglers zu dem zur Auszugsleistung verpflichteten Gutsbesitzer sey eine Befugniß für Letzteren, Jenem die Verheirathung oder Wiederverheirathung zu verwehren, offenbar nicht begründet, indem nun aber aus dieser Handlung für den Auszügler als Ehemann und Vater die gesetzliche Verpflichtung entspringe, seine Frau und Kinder bei sich aufzunehmen, folge daraus, daß er an Ausübung dieser Pflicht vom Auszugsverpflichteten nicht gehindert werden dürfe, was ja auch die ratio legis in der von uns bereits angeführten l. 4. §. 1. und l. 6. D. 7. 8. ist. Dafür spreche auch die Analogie der l. 12. §. 4. D. eod., wo dem Usuar die Benutzung des Gegenstandes, an welchem ein Gebrauchsrecht constituirt worden, sogar zu einem durch ungewöhnliche Verhältnisse des Berechtigten veranlaßten Bedürfnisse nicht versagt werden kann, wenn nur diese Verhältnisse dem Bewilliger nicht unbekannt waren. — Eine Ausnahme hievon soll selbst dann nicht statt finden, wenn der Einsitz nicht in einem besonderen Hause, sondern im nämlichen Haus, welches der Eigenthümer bewohnt, aber in abgesonderten Oertlichkeiten eingeräumt worden ist, sondern nur dann, wenn dem Auszügler nur die Mitbewohnung der nämlichen Oertlichkeit, welche auch der Eigenthümer bewohnt, gestattet ist.

Ob eine Verminderung der Auszugslast officio judicis als- S. 685.
dann statt finde, wenn eine übermäßige Belastung des Guts nachge- Fr. 5.
wiesen werden kann? ist wohl in der Regel bei dem vertragsmäßigen

Digitized by Google

Auszug zu verneinen, s. Henfel l. c. §. 3. not. 3. S. 19., und wenn auch die Bejahung, welche das O. A. G. in Caſſel ſtatuirt, ſ. Pfeiffer l. c. Bd. VIII. S. 327. nicht ganz ausgeſchloſſen werden will, ſo muß ſie wenigſtens ſo beſchränkt werden, wie Koken l. c. S. 66. thut: „die Abänderung der Leibzucht ſetzt immer ein Mißverhältniß zwiſchen ihr und den Hofeskräften voraus, aber man darf nicht einen jeden noch ſo geringen Wechſel der Hofeskräfte für genügend halten, um eine Veränderung der Leibzucht dadurch zu rechtfertigen, ſondern der Abſtand zwiſchen dieſer und jenen muß ein evidenter ſeyn, und ſelbſt dem Ungefähr der anfänglichen Proportion widerſtehen."

S. 688. Fr. 8. Der einzige Schriftſteller, welcher die Inofficioſitätsklage gegen einen Gutsabtretungsvertrag, wegen der mit demſelben verbundenen erfrühten Erbfolge nicht erſt bis zum Todesfall der Uebergebenden ausſetzen will, ſcheint Beſeler l. c. S. 210. zu ſeyn, wogegen Pfeiffer l. c. Bd. VIII. S. 345. erinnert, daß dieſe doch immer nur eine Singularſucceſſion ſey, mithin der Fall der Univerſalſucceſſion abgewartet werden müſſe.

Verſicherungsvertrag.

S. 701. Fr. 3. Die Hauptgründe für die Behauptung der Ungültigkeit eines Aſſecuranzvertrags für Zolldefraudation ſind in einem von der Juriſtenfacultät zu Göttingen im Namen der Juſtizcanzlei zu Celle verfaßten Urtheil dahin zuſammengeſtellt: 1) alle Verträge, welche gegen ſchlechterdings gebietende oder verbietende Geſetze geſchloſſen werden, namentlich die Aufträge verbotener Handlungen ſind ungültig und unverbindlich, l. 7. §. 14. 16. l. 27. §. 3. D. 2. 14. — l. 8. D. 12. 5. l. 5. C. 4. 7. Bei dem in Frage ſtehenden Vertrage iſt es aber von beiden Seiten auf die Defraudation der (Preußiſchen) Zollabgaben, ſomit auf eine unerlaubte und ſtrafbare Handlung abgeſehen geweſen. 2) Daß der Vertrag zwiſchen Perſonen, welche dem durch die Defraudation zu verkürzenden Staate nicht angehören, außer dem Gebiete dieſes Staats abgeſchloſſen wurde, macht im Weſentlichen keine Aenderung. Denn nichts deſtoweniger bezweckte der Vertrag die Begehung einer ſtrafbaren Handlung im (Preußiſchen) Gebiete, indem die Strafgeſetze eines Landes, für Jeden, der das Land betritt, verbindlich ſind. — Ohnehin iſt die Defraudation ſchuldiger Abgaben allenthalben verboten und verpönt, und ſtellt eine nach allgemeinen Principien widerrechtliche Handlung dar, wobei namentlich das Umgehen der Zölle durch heimliches Transportiren, wegen der leicht daraus entſtehenden Thätlichkeiten und ſchweren Perſonen-Mißhandlungen beſonders gefährlich

Digitized by Google

erscheint. Auch treten diese Rücksichten zwischen Unterthanen von Bundesstaaten in noch stärkerem Maße ein. 3) Der Umstand, daß der klagende Waaren-Eigenthümer das fremde Gebiet nicht selbst betreten hat, kommt ihm nicht zu statten, weil bei aufgetragenen oder bedungenen Gesetzübertretungen der Auftraggebende und Dingende an dem vom Beauftragten oder Gedungenen begangenen Delicte Theil nimmt, l. 1. §. 12. D. 43. 16. — l. 15. §. 8. D. 47. 10.

Wittwenpensions-Versicherungen.

In Pfeiffers prakt Ausführungen Bd. VIII. S. 242. wird in Bezug auf Wittwencassen der Satz ausgeführt, daß eine Herabsetzung der ursprünglich festgesetzten Pensionsbezüge, welche im Laufe der Zeit unter Abänderung der Statuten wegen Insufficenz der Einkünfte beschlossen wird, nicht gegen diejenigen Wittwen zum Vollzug kommen könne, deren Ehemänner bereits vor diesem Beschlusse verstorben waren. Diese Rechtsansicht kann aber nicht zur Richtschnur dienen, wenn der Verein nach den ursprünglichen Statuten keine unwiderrufliche Verpflichtung übernommen hat, sondern in diesen spätere Aenderungen vorbehalten wurden. Ist dem Verein die Befugniß, seine Satzungen zu ändern, im Allgemeinen eingeräumt, so muß dies auch auf die Pensionsbezüge, soweit ihr Betrag in Frage steht, anwendbar seyn, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seufferts Archiv Bd. III. H. 1. S. 132. In den Entscheidungsgründen ist sogar der Satz aufgestellt, daß eine unwiderrufliche Verpflichtung zu bestimmten Pensionsgrößen sich selbst aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, — mithin auch wenn in den Statuten ein Vorbehalt der Abänderung nicht ausdrücklich enthalten wäre, — nicht annehmen lasse; denn da der Verein nicht ausschließend zum Vortheil einzelner Wittwen und Waisen, sondern für alle Relicten der jetzigen und künftigen Mitglieder derselben errichtet wurde, also einen bleibenden Zweck hat, demselben auch sofort das Princip der Gleichberechtigung aller Betheiligten zu Grund liegt, so läßt sich schon im Allgemeinen die bei Vertragsverhältnissen nach l. 219. D. 50. 16. de V. 5. hauptsächlich entscheidende Absicht der Contrahenten nicht unterstellen, daß der Verein den Versicherten eine unwandelbare Größe der Unterstützungen habe zusichern wollen; denn bei der Möglichkeit ungünstiger Ereignisse oder einer unrichtigen Berechnung und Auffassung seiner Leistungsfähigkeit hätte der Verein durch die Einräumung eines Anspruches auf ein bleibendes Quantum von Pensionen nicht nur das Princip der Gleichberechtigung aller Interessenten, sondern auch seinen Bestand selbst gefährdet. Wenn auch die schon in den

S. 713.

Digitized by Google

Pensionsbezug getretenen Versicherten keine eigentlichen Mitglieder, sondern in Beziehung auf ihre Ansprüche Gläubiger des Vereins sind, so stehen sie doch nicht außerhalb des Vereins, indem dieser nur für die Versicherten in ihrer Gesammtheit besteht, und die Interessen beider in nothwendiger innerer Verbindung stehen; daher sind auch ihre Rechte in Beziehung auf jene der übrigen Versicherten, welche noch keine Unterstützungen beziehen, keine isolirten und unabhängigen, da letztere ebenfalls, wenn auch zur Zeit nur eventuelle Ansprüche auf Unterstützungen nach gleichem Maaßstabe erworben haben, so daß das Recht der erstern auf bestimmte Unterstützungsgrößen nothwendig und nach der aus dem ganzen Zwecke des Vereins sich herausbildenden Natur der Sache durch die Concurrenz der übrigen Versicherten und die Möglichkeit der Existenz des Vereins selbst, somit durch dieses in allen einzelnen Statuten gewährleistete allseitige Interesse bedingt und beschränkt ist. — Anderer Meinung waren die Richter beider voriger Instanzen, s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. Nr. I.

Verbindlichkeiten des Verkäufers.

S. 717. Fr. 3. Hinsichtlich der Güte der Waare ist im Handelsverkehr angenommen, daß der Verkäufer seiner Obliegenheit genüge, wenn er gute unverdorbene Waare mittlerer Qualität liefert, s. Heise u. Cropp Abhandl. Bd. I. S. 210. Thöl Handelsr. I. S. 259., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1848. Nr. 48.

S. 720. not. *) Ueber die streitige Frage: ob der in Kaufverträgen sehr gewöhnliche Eigenthums-Vorbehalt als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung zu gelten habe, vgl. Bd. II. Abth. I. S. 170. Fr. 6. hat sich das O. A. G. in Dresden folgendermaßen ausgesprochen:

Das dem Verkaufe von Mobilien beigefügte pactum reserv. dominii kann gar wohl auf Vindication derselben führen.

Ist freilich die Fassung des Contractes so, wie l. 1. C. 4. 54. anführt, so liegt hierin conditio resolutiva. Allein wenn die Vertragenden ausdrücklich sagten, der Kauf soll, obschon die Uebergabe (zur Benutzung) erfolgt, nicht eher, als bis das Kaufgeld erlegt, als erfüllt gelten, so muß cond. suspensiva erblickt werden.

Wenn l. 80. §. 3. D. 18. 1. dagegen angeführt wird, so ist festzuhalten, daß sie nur von dem Fall spricht, da bedungen worden, das Eigenthum soll niemals auf den Käufer übergehen. Zeitweise kann dies allerdings ausgemacht werden, l. 7. §. 5. l. 48. D. 2. 14. l. ult. C. 4. 54. Selbst wenn der Verkäufer Credit giebt, wegen Kaufgelds, kann er Jenes verabreden. Gensler im Arch. f. civ. Pr. II.

Digitized by Google

S. 291. Mühlenbruch Pand. §. 907. v. Geyso in Linde's Zeitschr. V. S. 161. Weber im Rhein. Mus. V. 4. §§. 16. 18. Alsdann aber muß auch im Concurse die Vindication zugelassen werden, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 177.

Dasselbe Tribunal erblickte 1850. in dem von dem Schlosser und Töpfer sich stipulirten Vertragspunkte, der im Subhastationspatent mit bekannt gemacht war, „daß sie das Eigenthum an ihren Arbeiten mit dem Rechte, sie, sobald sie nicht bezahlt würden, zurückzunehmen, sich vorbehalten wollten," die Befugniß, gegenüber dem Ersteher die Rücknahme auszuüben, weil jene die Stoffe zur Arbeit geliefert hatten, l. 20. D. 18. 1. l. 2. §. 1. D. 19. 2. l. 20. D. 43. 26. Carpzov. Resp. I. 108. Schilter 30. §. 65. Glück XVI. S. 229. Ackermann Rechtssätze. N. F. I. S. 139.

Vorkaufsrecht. Wiederkaufsrecht.

Ueber das jus protimiseos werden in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspflege Bd. VII. 1848. S. 166—177. folgende Sätze mit Bezug auf neuere Sächs. Praxis ausgeführt. S. 729.

1) Es kann als solidarisches Recht nicht in Bezug auf einen intellectuellen Theil der Sache geltend gemacht werden, l. 78. §. 2. D. 18. 1.
2) Durch mutuus dissensus des Verkäufers und ersten Käufers wird es sobald der Vorkaufsberechtigte zur Ausübung desselben sich bereit erklärt hat, nicht mehr beseitigt, l. 75. D. 50. 17.
3) Da es immer problematisch bleibt, ob es wirklich von Nutzen für den, welcher es hat, sey, so geht es, obschon während der Verjährungszeit mehrere Fälle, wo der Berechtigte den Eintritt ausschlug, vorkamen, nicht verloren.
4) Wohl aber wird es durch Eintritt in einen Kauf dergestalt zum Erlöschen gebracht, daß es nach Wiederveräußerung der Sache durch den Befugten nicht nochmals beansprucht werden kann.

Das Vorkaufsrecht ist den Erben des ursprünglich Berechtigten in der Regel nicht, sondern nur da zu zuerkennen, wo es in besonderen Umständen vorliegt, daß es auch im Interesse der Erben bedungen sey, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in der Zeitschr. für Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. Bd. IX. H. 4. S. 380. S. 729. not. *)

Gegen die Erben des Verpflichteten kann dasselbe auch nicht ausgeübt werden, wenn bei dessen Festsetzung ausdrücklich blos auf Veräußerung des Grundstücks von Seite des Verpflichteten hingewiesen worden ist. Nur wenn das Vorkaufsrecht im Allgemeinen und

Digitized by Google

ohne besondere Rücksicht auf die Person des Verpflichteten constituirt worden ist, findet es auch gegen seine Erben statt, s. Erk. desselben Gerichtshofes im Wochenbl. f. merkw. Rfälle 1849. Nr. 2. S. 14.

Das Vorkaufsrecht ist nicht anwendbar, wenn der Eigenthümer das Grundstück an Kinder oder Enkel verkauft, vielmehr erscheint eine solche Veräußerung unter nahen Verwandten als anticipirte Beerbung, Carpzov II. 32. 19. Wernher T. III. P. II. Obs. 382. Leyser Sp. 192. M. 1. Urtheil des A. Ger. in Dresden bei Emminghaus l. c. S. 551. no. 11.

S. 732. Fr. 2. Gegen die hier angeführten gemeinrechtlichen Autoritäten, wobei übrigens das Allegat Thibauts dahin zu berichtigen ist, daß es heißen muß: „Th. II. S. 70." ist sehr entschieden das Bayerische Landrecht, indem es auch in Ansehung der Erblosung statuirt, daß dieselbe auch gegen den Dritten, an welchen die Sache etwa von dem Käufer weiter veräußert worden ist, geltend gemacht werden könne, s. Kreittmair Anmerk. zu P. IV. Cap. V. §. X. XI. und das in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 30. angeführte Ob. App. Ger. Präjudiz.

S. 742. Fr. 13. Für den hier vorgetragenen Rechtssatz: daß, wenn mehrere Verkäufer sich das Wiederkaufsrecht vorbehalten haben, dasselbe auch von Einem derselben ausgeübt werden könne, hat sich auch die neuere Praxis entschieden. Z. B. A. hat mit B. einen Guts-Wiederkauf verabredet, der Wiederkaufsberechtigte starb und hinterließ zwei Erben, von welchen aber nur der Eine das Wiederkaufsrecht ausüben wollte. Das O. A. G. in Dresden und die Facultät Leipzig erkannten, daß derselbe zwar nicht auf Erfüllung des Wiederkaufs zu seinem Antheil, wohl aber auf die Vollziehung des über das ganze Gut geschlossenen Wiederkaufs klagen könne, s. Sächs. Zeitschr. 1840. S. 145. Auch das O. A. G. in Cassel verstattete den Wiederkauf Einem der Miterben auf den Grund hin, daß die übrigen Miterben wegen Fristablaufs sich daran versäumt hatten, s. Strippelman Entsch. VI. S. 268.

S. 742. Fr. 14. Aus dem *pacto de retrovendendo* kann allerdings nur gegen den Käufer, gegen diesen aber auch pure auf Zurücküberlassung der verkauften Sache um den nämlichen Preis und nicht blos auf das Interesse geklagt werden, wenn gleich der Kläger selbst in der Klage anführt, daß sein Käufer die Sache nicht mehr besitze, sondern an einen Dritten veräußert habe. Der Beklagte ist verbunden, sich zuvörderst die Sache zu verschaffen, wenn dies auch nur um sehr hohen Preis zu erwirken wäre, oder sonst dafür zu sorgen, daß sie dem Berechtigten zu Theil werde. Nur wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung in Gewiß-

Digitized by Google

heit beruht, entsteht die Frage, was dem Kläger unter diesen Umständen zu gewähren sey. In den Gesetzen wird dem Wiederkaufsberechtigten eine der Klage aus dem Kaufe gleichstehende Klage gegeben, l. 12. D. 19. 5. — l. 2. C. 4. 54. — l. 6. C. 4. 64. — und diese geht keineswegs auf Erfüllung oder Entschädigung, sondern auf Erfüllung allein, wenigstens zunächst, §. 1. J. 2. 24. — l. 11. §. 1. 2. D. 19. 1. Dem stehen auch nicht l. 68. §. 2. D. 18. 1. und l. 4. C. 4. 49. entgegen, indem in diesen Gesetzen die durch den dolus des Verkäufers herbeigeführte Unmöglichkeit vorausgesetzt wird. — Analog kommen auch diejenigen Gesetze in Betracht, welche aus dem Versprechen, jemand eine dem Versprechenden nicht gehörige Sache zuzueignen, eine Klage auf Erfüllung gewähren, l. 25. §. 1. l. 28. D. 18. 1. — l. 13. 33. D. 39. 6. — l. 34. 35. pr. l. 137. §. 4. D. 45. 1. — §. 4. J. 2. 20. — l. 39. §. 7. l. 71. §. 3. D. de legat I. (30.) Erk. d. O. A. G. in Dresden, im Wochenbl. für merkw. Rfälle 1848. Nr. 49.

Tauschvertrag.

Auch von dem O. A. G. in Dresden ward 1850 der Unterschied zwischen Kauf und Tausch anerkannt, daß fremde Sachen wohl verkauft werden, niemals aber Gegenstände eines gültigen Tauschgeschäfts bilden können, s. Wochenbl. f. Rfälle 1851. S. 261. S. 743. not. *)

Trödelvertrag.

Nach dem heutigen System der Verträge muß auch der Trödelvertrag als Consensualvertrag behandelt werden. Aber aufkündbar muß er seiner Natur nach seyn, wie die Societät l. 14. D. 17. 2. nur nicht intempestiv. — Vom Mandat unterscheidet er sich hauptsächlich dadurch, daß bei einem Mandat die Gegenleistung primär in der aufgetragenen Geschäftsthätigkeit, bei dem contr. aestimatorius dagegen primär in der Leistung eines bestimmten pretii, oder — eben weil die Geschäftsthätigkeit nicht als Pflicht des Trödlers, und eben deshalb nur secundär in Betracht kommt, in der Rückerstattung der Sache selbst besteht. S. 746. Fr. 1.

Ueber die Frage: ob der Trödler die Gefahr des Zufalls zu übernehmen habe, scheint ein Widerstreit zwischen l. 1. §. 1. D. 19. 3. und l. 17. §. 1. D. 19. 5., mit welcher auch Paulli Sent. rec. de commodato et deposito (II. 4.) §. 4. übereinstimmt, obzuwalten,*) Fr. 2.

*) Andere Gesetzstellen, welche häufig herbeigezogen werden, wie l. 5. §. 3. D. 13. 6. u. l. 11. pr. D. 12. 1. gehören durchaus nicht hieher.

Digitized by Google

welcher aber, da beide erstere Stellen den nämlichen Autor (Ulpian) haben, nicht wohl angenommen werden kann. Diese Schwierigkeit wird in einer neuen gelehrten und scharfsinnigen Revision dieser Materie von Chambon Beitr. zum Obligationenr. Bd. I. S. 74. auf folgende Weise gelöst. Principiell ist im Allgemeinen die Verantwortlichkeit für das periculum casus als Folge der aestimatio anzuerkennen, wie dies l. 1. §. 1. D. 19. 3. ausspricht. Durch die Natur der aestimatio bei dem contr. aestim. wurde aber eine Modification dieser Regel herbeigeführt. Bei demselben hat nämlich die aestimatio den doppelten Zweck, einmal, den Preis zu bestimmen, welchen der Tradent für die Sache verlangt, dann aber auch dem Uebernehmer einen Maasstab zu geben, für wie viel er die Sache an einen Dritten verkaufen soll. Daß aber die Bestimmung des Preises in der Absicht, den Kaufpreis für einen Dritten anzugeben, eine andere ist, als die, welche geschieht, um festzusetzen, was der Empfänger der Sache für dieselbe zu leisten habe, zeigt sich, wenn wir diejenigen Rechtsgeschäfte vergleichungsweise in Betracht ziehen, bei denen die Abschätzung zu dem einen oder dem andern Zweck geschieht. Bei dem Mandat kommt sie nur in der ersteren, bei dem Kauf nur in der letzteren Absicht vor. Bei dem Ersteren überträgt sie die Gefahr auf den Empfänger nicht, dagegen, wenn die aestimatio zu dem Zweck geschieht, um dem Empfänger anzugeben, wie viel er zahlen solle, sie völlig die Wirkung eines Kaufpreises hat.

Es sind daher die Fälle zu unterscheiden, wo die faktischen Umstände mehr auf ein Mandat, und wo sie mehr auf einen Verkauf hinweisen. Dies wird in l. 17. D. 19. 5. folgendermaßen anschaulich gemacht: wenn ich — sagt Ulpian — dich um den Verkauf meiner Sache gebeten habe, so trage ich die Gefahr. Das ist der Fall, wo die Aestimation vorzugsweise — wie bei dem Mandat — zu dem Zweck vorgenommen wird, um dem Empfänger der Sache anzugeben, wie theuer er verkaufen soll. Wenn dagegen — heißt es weiter — du mich um die Erlaubniß gebeten hast, meine Sache zu veräußern, so fällt dir das periculum casus zu. Dies ist der Fall, wo die Aestimation vorzugsweise den Preis bestimmt, den der Trödler bezahlen soll. — Endlich — sagt Ulpian weiter — wenn Keiner den Andern zuerst angegangen hat, so soll der Empfänger nur für dolus und culpa einzustehen haben. Für diesen Fall stand nämlich das Rechtsverhältniß der Societät am nächsten, um eine Analogie zu begründen.

§. 757. Einem Budenmiethvertrag war das **pactum adjectum** beigefügt
Fr. 1. „Vermiether müsse des Miethers Waaren an jedem Verkaufstage nach

Digitized by Google

Verlauf der Marktzeit in seinem, Vermiethers, Hause an einem vor Feuchtigkeit geschützten Orte unterbringen." Als nun hier die Waaren durch eindringende Gewitterregen beschädigt worden waren, versagte 1844 gleichwohl das A. Ger. in Dresden dem Miether dem Ersatz, weil einmaliges Vorkommen eines solchen Unfalls mehr dem casus beizuzählen sey, l. 40. D. 19. 2. werde beschränkt durch l. 41. ib. Höchstens culpa levissima des Vermiethers sey indicirt und dafür würde er, auch wenn man die Subsumtion unter das mandatum oder das do ut facias mache, nicht haften, s. Wochenbl. f. Rfälle. 1844. S. 116.

Wenn der Miether durch den Einsturz eines Theils der gemietheten Wohnung an seinem Eigenthum Schaden erleidet, so kann er den Vermiether nur dann auf Entschädigung belangen, wenn er specielle Momente darüber darlegen kann, daß der Unfall voraussehbar war, l. 2. §. 7. D. 50. 8. — l. 6. D. 4. 24. — mithin eine Unkenntniß der Mangelhaftigkeit des Gebäudes sich nicht als entschuldbar darstellt, vielmehr in gewissen allgemeinen oder vertragsmäßigen Obliegenheiten solche Handlungen begründet waren, durch welche der Schaden verhütet werden konnte, außerdem wird der Einsturz eines Gebäudes in der Regel den Unglücksfällen beigezählt, l. 5. §. 4. D. 13. 6. — l. 24. §. 4. D. 39. 2. — l. 1. §. 4. D. 44. 7. Und obwohl der Miether rechtlich fordern kann, daß ihm eine fehlerfreie und tüchtige Sache überlassen werde, wenn er Miethgeld dafür zahlen soll, so folgt daraus doch nicht, daß der Vermiether auch andere den Werth oder Nutzen der Sache selbst nicht betreffende Schäden, welche dem Abmiether durch die nach der Uebergabe sich äußernde schlechte Beschaffenheit der Sache entstanden sind, zu ersetzen unbedingt gehalten sey, vielmehr ist er dazu (d. h. zu einer über den Wegfall oder die Verminderung des Miethgelds hinausgehenden Vergütung) blos dann verbunden, wenn ihn ein dolus oder eine culpa trifft, l. 15. §. 7. D. 19. 2., vergl. l. 18. §. 4. D. 39. 2., s. das in Seufferts Archiv für Entscheid. der obersten Gerichte Bd. I. H. 3. S. 361. angeführte Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden. S. 757. Fr. 6.

Die Regel, nach welcher einem in solidum haftenden Mitschuldner die Rechtswohlthat der Theilung zusteht, ist auf einen Miethcontract, wo Zwei Ein Local miethen, und sich zur Zahlung des Miethgelds solidarisch verpflichten, nicht anwendbar. Jeder erscheint nämlich als Miether des Ganzen, da er das Ganze benutzt, und er

Digitized by Google

muß schon deswegen für den ganzen Miethzins, soweit nichts anderes bedungen ist, haften, s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in Seufferts Archiv Bd. II. H. 2. S. 229.

Reparaturkosten betreffend ist zwar der Miether nicht verbunden, solche Schäden, die durch Zeit oder Zufall entstehen, zu tragen, indem sie nach l. 9. §. 24. l. 25. §. 2. D. 19. 2. dem Vermiether obliegen. Allein der Miether muß den Vermiether von der vorhandenen Schadhaftigkeit in Kenntniß setzen, damit er die Ausbesserungen bewirken kann. Nur wenn er an- und auszuführen vermag, daß, in wie weit, und weshalb die Reparatur so dringend war, daß er, hätte er mit einer Anzeige Zeit verlieren wollen, bedeutende Nachtheile würde erfahren haben, kann er für selbst veranstaltete Ausgaben dieser Art Erstattung beanspruchen, s. Sächs. Zeitschr. 1843. S. 389.

S. 762. Fr. 1. Der Käufer kann das „Kauf bricht Miethe," selbst mehrere Jahre nach seinem Erwerben geltend machen. Auf die praesumtio facti, die für Prolongation der Miethe aus dem mehrjährigen Verweilen im Hause sich mag ableiten lassen, kann Liquidität eines Rechtsverhältnisses niemals gebaut werden. Der Miether wird selbst im Executioprocesse unterliegen müssen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 102.

S. 763. Fr. 6. Hat der Verpachter einen Bau an der verpachteten Besitzung vorgenommen, wodurch z. B zehn Monate lang der vollständige Gebrauch gehindert ward, so ist hiedurch für den Pachter ein Schadenersatz-Anspruch, den er gehörig quantificirt, an sich begründet. Freilich wird dieser Anspruch Falls der Bau ein nothwendiger war, nach l. 15. §§. 3. 7. 8. l. 30. pr. l. 33. 35. pr. D. 19. 2. auf verhältnißmäßigen Pachtgeld-Erlaß beschränkt. Allein diese Nothwendigkeit hat Verpachter zu begründen und zu erweisen, s. Erk. d. O. A. G. in Jena im Wochenbl. f. Rfälle 1845. S. 262.

S. 774. Fr. 16. Das dem Vermiether zuständige pignus tacitum und jus retentionis in invectis et illatis wird unrichtig alsdann beansprucht, wenn ein locator operarum, z. B. ein Ziegler, Räume als Wohnung eingeräumt erhielt, entweder, weil dies, damit er seine operas leisten könne, unerläßlich war, oder als Theil der Belohnung für diese operas. Die Entstehung jener Befugniß ist gegen solch' eine Ausdehnung, Glück XVIII. S. 408. Ackermann Rechtsf. N. F. II. S. 244. Sächs. Zeitschr VIII. S. 89.

Es ist übrigens wohl nicht zweifelhaft, und in neuerer Zeit auch in der Sächsischen Praxis anerkannt, daß gedachtes Retentionsrecht dem

Digitized by Google

Vermiether nicht blos wegen des Miethzinses, sondern wegen aller Verpflichtungen des Miethers, also auch wegen von ihm angerichteter Schäden zustehe, l. 2. D. 26. 2. Sintenis Pfandr. S. 294. Glück P. R. Bd. XVIII. S. 419. Thibaut System §. 642., s. Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. IX. S. 262.

Damit, daß der Vermiether sein Retentionsrecht an invectis et illatis nicht gegen Käufer derselben, die sie bezahlt oder übergeben erhalten haben, geltend machen könne, stimmt auch ein Erkenntniß des A. G. in Leipzig (s. Sächs. Zeitschr. 1840. S. 454) überein, in Erwägung, daß 1) die als Zweifelsgrund angeführte Analogie aus l. 20 D. 41. 2. — l. 12. D. 43. 16. unzutreffend ist, weil diese Stellen nicht von dem Falle sprechen, wo der Käufer schon Eigenthum erlangt hat; 2) l. 5. C. 8. 15. von einem ausdrücklichen Pfandrecht redet, das dem Vermiether eingeräumt war. Ohnehin kann Letzterer vor Schaden sich leicht bewahren, wenn er auf Schritte des Miethers, die ihn gefährden, aufmerksam ist, während die umgekehrte Ansicht allen Verkehr mit zur Miethe Wohnenden unsicher machen würde. Fr. 16. lit. d.

Die lex commissoria, welche sich der Vermiether wegen säumiger Miethzinszahlung stipulirt hat, ist stillschweigend verzichtet; a) falls Abschlagszahlung ohne Vorbehalt angenommen ist, während der Contract blos das Recht dem Vermiether wörtlich einräumte, „den Vertrag bei einer solchen Zögerung sofort als aufgehoben zu erklären," l. 6. §. 2. l. 7. D. 18. 3. — b) falls Pränumeration bedungen, und Abschlagszahlung überhaupt geschehen ist, s. Ackermann Rechtssätze. N. F. II. S. 199.

Locatio conductio operis.

Eine loc. cond. operis nicht operarum ist die Uebernahme eines Transports von Personen oder Sachen, der Errichtung eines Bauwerkes u. dergl. Es ist ein opus, dessen Ausführung von dem einen Contrahenten (conductor) übernommen, von dem andern (locator) mit einem bestimmten Geldbetrag vergütet wird, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert u. Glücks Blättern f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 304. Bd. XI. S. 17. Unterholzner v. d. Schuldverhältnissen Bd. II. S. 318. Puchta Pand. §. 365. S. 778.

Von der Regel: daß bei Accordbauten vor Vollendung des ganzen Werks der redemtor operis weder zur Approbation, noch zur Zahlung der Accordsumme angestrengt werden könne, findet eine Ausnahme statt, wenn über einen Theil des Werks besondere Bestimmungen getroffen sind, nicht ausdrücklich die Zahlung vom Beendigung des ganzen Werks abhängig gemacht ist, und jener Theil ein Ganzes für sich im Sinne

Digitized by Google

der l. 80. §. 1. D. 35. 2. bildet, s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1844. S. 114.

Ueber den Fall, da sich an dem veraccordirten Bau Mängel vorfinden, stellte das A. G. in Leipzig unter Bestätigung des O. A. G. in Dresden folgende Grundsätze auf: 1) Uebernahme des Baues durch den Bauherrn befreit den Baumeister von weiterer Haftung regelmäßig. 2) Ausnahmen sind: a) wenn Jener sich fernere Verpflichtung vorbehielt; b) wenn öffentliche Bauten in Frage sind, l. 8. C. 8. 12; wenn ein dolus des Baumeisters die billigende Uebernahme veranlaßte, wohin der Fall gehört, da er verborgene Mängel verschwieg, l. 24. pr. D. 19. 2. Weiske Behandl. civilrechtl. Gegenstände S. 35. — 3) In diesen Ausnahmsfällen kann jedoch der locator blos Ersatz des Schadens verlangen, der für ihn durch die fehlerhafte Arbeit entstand, keineswegs anderweite Lieferung derselben, sofern der Baumeister diese nicht selbst vorzieht, s. Wochenbl. f. Rfälle 1853. S. 57.

Loc. cond. operarum.

Wenn der Miether der Dienste behauptet: er habe sich nur mit dem Beifügen, wenn der Mann in seinem Geschäft brauchbar befunden werde, verpflichtet, so muß er diese cond. resolutiva beweisen; das hat aber die Wirkung, daß der Dienstleistende jederzeit entlassen werden kann, denn in einem Versuche dieser Art lag von selbst der Vorbehalt, daß die Entscheidung darüber, ob Jener der Erwartung entspreche, nicht von dem Urtheile Dritter, und von allgemeinem Gesichtspunkte, sondern lediglich vom Ermessen und subjectiven Urtheil des Miethers abhängen soll, ebend. 1852. S. 65.

Frachtvertrag.

S. 1783. Wenn die Lieferung von Waaren durch Schuld oder Versäumniß des Schiffers verspätet worden ist, so ist der Absender oder sein Commissionär nur in dem Falle dafür zu haften verpflichtet, wenn ihm eine Nachlässigkeit in der Wahl desselben vorgeworfen werden kann, s. Erk. d. O. A. G. in Lübeck in der Hamburger Samml. I. 1. S. 108. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. III. §. 107.

Receptum.

S. 1789. Fr. 11. Die Gastwirthe pflegen sich gegen die nach den Gesetzen ihnen unbedingt obliegende Haftung für alles von dem Gast Eingebrachte, durch einen Anschlag an den Zimmerthüren zu schützen: „Sachen von Werth ersuchen wir, uns persönlich zur Aufbewahrung zu übergeben, indem wir nur in diesem Falle Garantie leisten können."

Digitized by Google

Die Frage: ob eine solche Protestation dem Gast präjudicirlich sey, wird verschieden beantwortet. Sintenis im pr. gem. Civilr. §. 120. not. 20. will unterschieden wissen, ob die Protestation vor oder erst nach der Aufnahme des Gasts geschehen ist. — Eine Entscheidung des O. A. G. in Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852. Nr. 15. — hievon Umgang nehmend — legte dem verklagten Wirth den Beweis auf: daß der Anschlag in dem vom Kläger bezogenen Zimmer an der Stubenthüre befestigt gewesen, Kläger auch denselben gelesen und den Inhalt desselben gekannt habe. Eine andere Ansicht findet man in Seuffert u. Glücks Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 193. Gegen die Meinung von Sintenis wird bemerkt, daß eine Verwahrung des Wirths gegen den Gast schon sogleich beim Eintritt in das Haus nicht wohl gefordert werden könne, die Reception ist kein formeller Act, welcher an feste Gränzen von Ort und Zeit gebunden wäre, und eine Eröffnung durch Anschlag an der Zimmerthüre, welcher dem Gast alsbald in die Augen fallen muß, kann allerdings als eine die Reception begleitende Erklärung angesehen werden. Die Nichtbeachtung des Gastes ist ihm zum Verschulden anzurechnen.

Gegen die Beweisauflage an den Wirth, daß der Gast den Anschlag gelesen, und dessen Inhalt gekannt habe, — denn ohne dieses könnte ja nicht die stillschweigende Zustimmung des Gastes angenommen werden — wird erinnert, daß vielmehr dem Gast der Beweis, daß er den Anschlag nicht gelesen habe, obläge, denn wenn gleich der Excipient in der Regel das, was er excipirt, beweisen muß, so mache doch l. 9. D. 22. 3. eine Ausnahme in dem Fall, wenn der einredeweise geltend gemachte Thatumstand zu dem gehört, was regelmäßig (**plerumque**) geschieht, daß aber der Gast einen bei jedem Umschauen im Zimmer in die Augen fallenden Anschlag ließt, sey gewiß dem **plerumque** Geschehenden beizuzählen. Indessen räumt der Verf. dem Richter freien Spielraum für Ausnahmsfälle ein, z. B. wenn der Gast bei Nacht, oder zu einer Zeit, wo er sich im Zimmer nicht aufhalten konnte, aufgenommen wurde und die Entwendung in der nächsten Folgezeit geschehen ist, oder wenn der Gast die Sprache des Anschlages nicht versteht, denn die Worte der l. 11. §. 3. D. 14. 3. **de institoria** bezüglich der Anschläge in Kaufläden: **si quis dicat, ignorasse se litteras vel non observasse, quod propositum erat . . . . non audietur** sey nicht hieher zu ziehen. *) Unzweifelhaft kann ein solcher Anschlag den Wirth

*) Nach dem Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8. §. 448. scheint ein bloßer Zimmer-Anschlag nicht zu genügen, sondern eine ausdrückliche Erklärung des

Digitized by Google

nicht gegen die der locatio conductio entsprechende Verantwortlichkeit des Wirths für ein von ihm selbst oder von einem seiner Dienstleute begangenes Verschulden schützen.

Gleichwie der Schiffer auch für die von ihm zur Verschiffung übernommenen Waaren auch dann haftet, wenn sie noch nicht in das Schiff gebracht waren, sondern am Ufer zu Grunde gegangen sind, l. 3. pr. D. 4. 9., so ist auch der Wirth den Fuhrleuten für ihre Wagen, welche er vor seinem Hause stehen läßt, weil er sie nicht in seinen Hof nehmen kann, haftbar. Sie sind gleichwohl als recipirt zu betrachten, indem diesfalls der Wirth seinen Hausknecht dazu verwendet, die außen stehen bleibenden Wagen zu bewachen. Ueber seine Verbindlichkeit entscheidet schlechthin die Thatsache der Reception, auf den Ort kommt es nicht an. Daß gewöhnlich der Hausknecht ein Trinkgeld von den Fuhrleuten bekömmt, ändert hieran nichts, denn dadurch tritt der Hausknecht eben so wenig aus seinem Verhältniß als Domestik des Wirths heraus, als Kellner und andere für die Aufwartung bei Fremden bestellte Personen, welche notorisch auch Trinkgelder zu erhalten pflegen, s. Entscheid. d. k. geh. Obertribunals in Berlin. N. F. Bd. I. S. 370.

Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste,

insbesondere gegen Hauskinder.

G. 800. Fr. 3. Ungeachtet das O. A. G. zu Celle früher diese Verbindlichkeit anerkannt hat, wie unsere Citate aus v. Bülow und Hagemanns prakt. Erörter. beweisen, huldigt dasselbe doch in neuerer Zeit der entgegengesetzten Ansicht, s. juristi. Ztg. für Hannover 1841. H. 2. S. 109., vgl. Jahrg. 1831. H. 1. S. 173.

Auch Dollmann in Seuffert u. Glücks Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIV. S. 134. will sich nicht von unserem Grundsatz überzeugen, daß Kinder, wenn sie den Eltern operas locari solitas oder operas mercenarias im Gegensatz der operae obsequiales leisten, auch mercedem in Anspruch nehmen können. Er sagt nämlich, es lasse sich hier kein creditum annehmen, und ohne ein solches könne die actio de in rem verso nicht gebraucht werden. Diese Demonstration scheint sich aber in einem Zirkel zu drehen. Der Begriff einer versio in rem oder der

---

Wirths gegen den Gast erfordert zu werden. „Erklärt der Gastwirth sogleich bei der Aufnahme, daß er für die eingebrachten Sachen nicht stehen wolle, so haftet er nur für einen solchen Verlust, welcher von ihm selbst oder von seinen Leuten aus grobem oder mäßigem Versehen verursacht worden.

Digitized by Google

nicht rechtlich nothwendigen Vermehrung eines Vermögens durch die Handlung eines Andern, welche an sich den Eigenthümer des Vermögens zur Bezahlung oder zum Ersatze nicht schuldig macht, setzt lediglich voraus, daß der Vertent nicht die Absicht hatte, dem Erwerber des Vortheils denselben unentgeldlich zu verschaffen. Daß er diese Absicht nicht, sondern vielmehr die Absicht einer Ersatzforderung hatte, ist bei operis mercenariis aus der Natur dieser Dienste wohl am meisten zu vermuthen, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. S. 71. Puchta Pand. § 315. Es scheint daher mehr Beifall zu verdienen, wenn Kraut in der Lehre von der Vormundschaft nach den Grundsätzen d. deutsch. Rechts Bd. II. S. 638. in Uebereinstimmung mit den von uns bereits angeführten Autoritäten annimmt, daß dem Kinde in dem Falle, wenn es durch seine Dienstleistungen dem Vater die Ausgabe von Dienstlohn an Andere erspart hat, eine actio de in rem verso utilis gegen die Miterben bei der Erbschaftsauseinandersetzung zuzugestehen sey.

So erkannte das O. A. G. in Jena: Kinder können für Bearbeitung der den Eltern zur Alimentation überwiesenen Aecker, dafern nicht ein Anderes contrahirt ist, Lohn fordern. Es muß nur aus den Verhältnissen der Partheien hervorgehen, daß sie die Absicht nicht hatten, jene Arbeit umsonst zu verrichten. Widerlegt wird diese Vermuthung schon dadurch, daß sie dergleichen Arbeiten auch für Andere um Lohn verrichten, s. Emminghaus Pand. S. 573. no. 24.

Ist für zu leistende Dienste im Allgemeinen eine gute, angemessene, vorzügliche Belohnung versprochen, so tritt der l. 24. pr. D. 19. 2. — l. 22. D. 19. 5. — l. 1. §. 3. D. 50. 14. — l. 22. §. 1. D. 50. 17. anerkannte Grundsatz ein, daß die Höhe der Belohnung zunächst in das billige Ermessen des Verpflichteten gestellt anzusehen ist, wenn aber der andere Betheiligte sich demselben nicht unterwerfen will, der Richter ex arbitrio boni viri die Bestimmung trifft, s. Wochenbl. f. Rfälle 1850. S. 36.

Das übliche *Proxeneticum* kann nur von einem wahren Unterhändler gefordert werden, nicht von einem bloßen Anfragebureau, welches ihm mitgetheilte Offerten den Kaufsliebhabern nur zusendet und namhaft macht, und dessen Dienstleistung daher in der bloßen Einleitung eines Verkaufs besteht, dagegen zur Dienstleistung eines wahren Unterhändlers die Vermittelung der Unterhandlungen über den Kaufpreis und nachhaltige Versuche der Einigung über die Kaufsbedingnisse gehören, wozu nicht selten Reisen, Gegenvorschläge, Vorstellungen und Zureden mit unterlaufen oder nöthig werden, s. Erk. d. S. 802. Fr. 5.

Digitized by Google

O. A. G. in München in Seuffert u. Glücks Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVI. S. 95.

Das Zuweisen eines Käufers ist genügend, um dem Mäkler das Recht auf die Mäklergebühr zu verschaffen. Es wäre denn, daß die Abrede specieller bestimmte, was er leisten soll, z. B. „zu Stande bringen," s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 569. no. 3.

Dadurch, daß der Verkäufer beim Abschluß des durch Einleitung des proxeneta gereiften Geschäfts diesen nicht zuzieht, kann ihm der Lohn nicht willkührlich entzogen werden, s. Ackermann Rechtsf. N. F. II. S. 62. 104. — §. 161. D. 50. 17.

Das Vorbringen des Mäklers in der Klage; „der Vertrag sey in Folge seiner Bemühungen abgeschlossen worden," ist für den Eidesantrag zu allgemein, indem es ein Urtheil über Werth und Erfolg von Handlungen enthält, die Kläger nicht näher angiebt, ebend. S. 570. no. 4. Daß nach röm. Recht die Klage auf eine für Zustandebringung einer Ehe versprochene Belohnung statthaft sey, ergiebt die allerdings unglossirte und blos restituirte c. 6. C. 5. 1. Erscheint nun auch bei uns die Ehe in einer religiösen höheren und geistigen Bedeutung, so kann doch nicht eine Unzulässigkeit der obigen Klage daraus gefolgert werden, s. Erk. d. O. A. G. in Jena, ebend. no. 6., vgl. auch Bd. II. Abth. II. S. 798. not. †.

Societät.

S. 818. §. 3. Die Haftung neu eintretender Gesellschafter für frühere Gesellschaftsschulden kann nicht abgelehnt werden, wenn jemand mittelst ordnungsmäßigen Börsenanschlags ohne allen Vorbehalt und ohne Veranstaltung einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eintritt, s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in Seufferts Archiv Bd. II. H. 2. S. 235.

Actienverein.

S. 831. Fr. 2. Ist ein Actienverein nicht durch landesherrliche Bestätigung zu einer juristischen Person erhoben, so kann dem Gläubiger desselben die Hülfsvollstreckung in das Privatvermögen der Vorsteher eben so wenig, als in das Gesellschaftsvermögen versagt werden. Daß noch Mehrere Mitglieder seyen, kann nur beachtet werden, wenn sie erweisen, daß sie dem dritten Mitcontrahenten — wie sie in deren Vollmacht den Vertrag schlössen, bei Abschluß des Vertrags eröffnet haben. —

Digitized by Google

Ob die Vorsteher solidarisch haften, hängt davon ab, ob ihr Geschäft die Natur eines offenen Handelsgewerbs hat. — Vorsteher, welche an die Stelle früherer Directoren treten, werden beurtheilt wie die, welche eine Handlung cum Activis et Passivis übernommen haben. Der, welcher mit den Vorgängern contrahirte, hat das Klagrecht gegen die neu Eingetretenen, ohne es gegen den früheren Schuldner zu verlieren, s. Zeitschr. f. Rechtspflege IX. S. 274. Wochenbl. f. Rfälle 1842. S. 329. Spielverträge, s. das obige Supplement zu S. 274. Fr. 8.

Wette.

Instructiv für den Begriff der Wette ist folgender Fall: S. 845.

A. will eine Ackerverkaufsklage, gerichtet auf 600 Thlr. vermöge einer Verhandlung mit B. gegen diesen, wie nachsteht, begründen. Bezüglich des fraglichen Objects wurde von B. behauptet, daß er einen niedrigeren Ackergehalt, als A. versicherte, habe.

A. sagte hierauf: „hält das Stück nicht einen Scheffel, so trete ich es für 100 Thlr. ab, hält es mehr, so verkaufe ich es nur für 600 Thlr." B. entgegnet: „darauf gehe ich ein." A. nahm den Handel an, und B. gab ihm 1 Thlr. Draufgeld. Nun hat die Vermessung 213 □ Ruthen ergeben, 150 □ Ruthen aber bilden 1 Scheffel Landes.

Dieses Geschäft ist, wie das A. Ger. in Dresden erkannte, einer Wette blos ähnlich.

Denn 1) nicht Gewinn oder Verlust ist von der Entscheidung über die Frage, bei welcher die Partheien verschiedener Meinung waren, abhängig gemacht worden, sondern B. sollte jedenfalls das Grundstück erhalten, nur was er zu gewähren habe, sollte nach Verschiedenheit des Flächengehaltes ein Andres seyn.

Ein Gewinn oder Verlust brauchte für keinen Theil einzutreten; es läßt sich denken, daß in jedem der gesetzten zwei Fälle der Preis ein angemessener war.

Ferner kann 2) solch ein Gewinn oder Verlust an sich natürliche Folge eines jeden auf Vermögen sich beziehenden Vertrags seyn; bei einer Wette aber wird vorausgesetzt, daß sie einzig und allein nur des Gewinnes oder Verlustes willen aus Rechthaberei und Streitlust eingegangen worden, s. Schilling Instit. III. S. 215. Pfordten Abhdl. S. 328. Wilder in der Zeitschr. f. Deutsch. Recht VIII. S. 207. Puchta Pand. §. 258. Vorl. II. S. 80. Schwarze u. Heine Unters. S. 88. Nicht einmal ein bedingter Kauf liegt vor; zu dem Begriff der Bedingung gehört ein ungewisses künftiges Ereigniß. Nur dem

Digitized by Google

Beklagten unbekannt war hier die Wahrheit. Je nachdem die eine oder die andere obiger Voraussetzungen begründet war, ist der für dieselbe ausgemachte Preis der wirklich vereinbarte, der andere aber als gar niemals festgesetzt anzusehen. Dies ist blos Folge davon, daß der für einen nicht vorhandenen Fall bestimmte Preis eben deshalb wirklich gar nicht bestimmt worden, §. 6. 2. f. 3. 15., l. 37—39. D. 12. 1. l. 100. D. 45. 1. Sollte wirklich A. einen Gewinn bei obigem Ergebniß machen, so macht das den Vertrag weder zu einem ungültigen Kauf noch zu einer Wette, die man etwa als unstatthaft erklären dürfte. Vielmehr wäre ein solcher Gewinn eine ganz natürliche Erscheinung bei einem auf Erwerb gegründeten Rechtsgeschäft, l. 22. §. 3. D. 19. 2., l. 16. §. 4. D. 4. 4. Die Gesetze haben hiebei nur in so fern eine Schranke gezogen, als der Kaufpreis nicht unter der Hälfte des wahren Werthes seyn soll, was die Praxis dahin ausdehnt, daß der Preis auch nicht das Doppelte des wahren Werthes übersteigen darf, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 225.

Intercessionsarten.

S. 867. Fr. 7. Die von uns hier, und im Bd. II. Abth. II. S 609. Fr. 10. vertheidigte Behauptung, daß der Bürge eines Cassenbeamten, für Defecte, welche in Folge unterlassener Cassenvisitationen und Rechnungsrevisionen aufgewachsen sind, nicht haftbar gemacht werden könne, wie außer den von uns angeführten Autoritäten auch von dem O. A. G. in Wolfenbüttel in zwei Erkenntnissen v. J. 1832 u. 1838. angenommen wurde, läßt Girtanner, s. die Bürgschaft S. 389. u. S. 485. nur für die fidejussio indemnitatis gelten, welche aber nicht zu vermuthen sey. Daß, wie v. Vangerow Pand Bd. III. S. 143. bemerkt hat, nach der Einführung des benef. excuss. durch Nov. 4. c. 1. verb. *si non valuerit* a debitore in totum aut in partem etc. im Wesentlichen jede Bürgschaft zu einer fidejussio indemnitatis geworden sey, welche die Bestimmung der l. 41. pr. D. 46. 1. anwendbar mache, läßt der Verf. S. 425 ꝛc. nicht gelten, indem er behauptet, durch die Nov. 4. werde die Bürgschaft nicht zu einer blos bedingten Verpflichtung, weil dem Bürgen nur eine *exceptio* (excussionis) eingeräumt sey. *) Vorzügliches Gewicht legt der Verf. darauf, daß in der für einen Beamten geleisteten Bürgschaft eine Art Garantie für

*) Gleichwohl sagt der Verf. selbst später S. 483 ꝛc. bezüglich der exc. excuss. „daß, wer verlangen kann, daß seine Verpflichtung als eine bedingte „aufgefaßt werde, auch die Abweisung der aus dieser Verpflichtung vor Eintritt

Digitized by Google

die Zuverlässigkeit dieses bestimmten Menschen liege; und im Vertrauen auf dieselbe der Cassenherr sich veranlaßt finden könne, eine genauere und strenge Beaufsichtigung desselben für überflüssig zu halten.

Für den Wegfall der dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthat der Vorausklagung des Hauptschuldners beim Ausbruch des Concurses des Letzteren findet man in Girtanner die Bürgschaft nach gem. Civilr. Jena 1850. S. 254. u. 448 not. 23. außer den von uns angeführten noch mehrere Präjudicien der Wittenberger, Hallischen und Göttinger Juristenfacultäten, des O. A. G. in Cassel, des O. A. G. in Celle, und des Obertribunals in Stuttgart, s. auch Seufferts Archiv III. 2. S. 193. Die gewohnheitsrechtliche Gestalt des benef. exc. — lehrt Girtanner l. c. Bd. II. Kap. IV. §. 17. 22. 23. Kap. V. §. 27. — ist folgende: der Bürge kann nur unter der Voraussetzung verlangen, daß der Hauptschuldner vor ihm ausgeklagt werde, wenn diese Ausklagung des Hauptschuldners in juristischer Beziehung als eben so leicht, wie die des Bürgen anzusehen ist. Sind sowohl Hauptschuldner als Bürge abwesend, so fällt das benef. excuss. weg, wenn jener mit größeren Schwierigkeiten zu belangen ist, als dieser. Für den Wegfall des benef. exc. als poena inficiationis wird daselbst auch ein neueres Erkenntniß des O. A. G. in Dresden v. J. 1847. Wochenbl. 1850. Nr. 19. angeführt.

S. 869. Fr. 11. lit. a. — daf. lit. d.

Daß in Kaufmannssachen das beneficium excussionis wegfalle, was in der Magdeburger Polizeiordnung O. P. D. M. c. 53. §. 7. ausdrücklich enthalten ist, und von mehreren blühenden Handelsstädten, wie Venedig, Florenz, Nürnberg, in Schiller. pr. aur. 48. §. 23. bezeugt ist, bestätigen zwar wie Girtanner l. c. bemerkt, mehrere ältere Autoritäten, wie Franzkius, A. Faber, Carpzov, Lauterbach, Berger, Stryck u. A., nicht aber die neueren Rechtsgelehrten. Meistens übergehen sie diese Frage mit Stillschweigen. Thöl im Handelsr. I. §. 108. sagt: in der Regel falle da das beneficium wegen Abwesenheit des Hauptschuldners weg; daher stellten sich im kaufmännischen Verkehr die Verhältnisse regelmäßig so, daß die subsidäre Zahlung nicht anders statt hat, als wenn sie ausdrücklich bedungen ist, und überhaupt entscheide das ältere Recht.

Als Verzicht auf das benef. excuss. gilt nach einer Sentenz des O. A. G. in Dresden v. 1852. schon das Versprechen des Bürgen

S. 873. lit. c.

„der Bedingung angestellten Klage fordern darf." Ferner S. 484. „Der „Bürge verlangt, daß er gleich von Anfang an als nur bedingt verpflichtet „hätte angesehen werden sollen."

Digitized by Google

„sofort nebst Zinsen aus eignen Mitteln zu zahlen, sobald der Hauptschuldner das Guthaben anerkannt habe, Sächs. Zeitschr. XI. S. 218.

S. 876. Fr. 13. II. Daß jedes pactum de non petendo des Hauptschuldners auch dem Bürgen seit Einführung des beneficii excussionis zu statten kommen müsse, lehrt Girtanner l. c. S. 247. Mühlenbruch Lehrb. v. d. Cession. §. 39. not. 438. Schliemann die Haftung des Cedenten. S. 88. not. 111.

Von dem Satz: daß mit Untergang der Hauptschuld auch die Bürgschaft aufgehoben werde, welcher gewöhnlich ohne Unterschied, auf was immer für eine Art die erstere untergegangen sey, behauptet wird, werden nach Girtanner l. c. S. 544. folgende Ausnahmen statuirt: wenn der Untergang der geschuldeten Species zwar für den Hauptschuldner, nicht aber für den Bürgen ein zufälliger ist; also namentlich auch wenn letzterer in mora ist; ferner wenn der Gläubiger die Forderung gegen den Hauptschuldner durch rechtswidrige Selbsthülfe verliert, so folgt aus der Befreiung des Hauptschuldners für seine Person noch nicht die des Bürgen; dasselbe gilt für den Fall, wenn der Gläubiger seine Forderung verwirkt, durch Uebernahme der Vormundschaft über den Hauptschuldner, mit Verheimlichung seiner Forderung. Auch können diejenigen, welche der Klagverjährung die Wirkung einer gänzlichen Befreiung des Hauptschuldners — einer Vernichtung des Rechts selbst — beilegen, daraus nicht folgern, daß der Bürge nicht mehr hafte.

S. 878. Beneficium divisionis bei der Bürgschaft betreffend.

Fr. 14. Nach gemeinem Recht gehört zum Begriffe der Mitbürgschaft, welche die Theilung begründet, eine gemeinsame, gleichzeitige Uebernahme der Bürgschaftslast, und ein früherer Bürge, der für das Ganze allein und ohne Rücksicht auf andere Bürgen eingetreten ist, kann dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, daß der Gläubiger später noch eine weitere Bürgschaft erwirkt, s. Erk. d. Oberhofgerichts zu Mannheim in den Jahrb. N. F. Jahrg. X. S. 345. Ueberhaupt ist in dieser Materie zu vergleichen Bd. II. Abth. II. S. 90 ꝛc.

Fr. 15. Ohne Zweifel kann derjenige von mehreren Bürgen, welcher dem Gläubiger das Ganze zahlt, bevor er die Zahlung an denselben leistet, von ihm Cession der Klagen gegen die Mitbürgen verlangen, l. 17. l. 36. l. 39. D. 46. 1. Girtanner l. c. S. 537. behauptet: dem Bürgen könne auch nachdem er gezahlt hat, die Klage gegen den Hauptschuldner oder Mitbürgen cedirt werden, auch wenn er sich dies nicht vorbehalten hatte; indem da, wo der Gläubiger zur Cession ge-

Digitized by Google

zwungen werden konnte, dieſelbe als geſchehen rechtlich fingirt werde, ſ. dagegen v. Savigny Obl. R. I. §. 23. 24., auch in d. deutſch. Ueberſ. d. Corp. jur. l. 36. D. 46. 1. not. 17.

Ueber die Frage: ob der Bürge, wenn er den Gläubiger durch Vergleich oder Erlaß mit einer geringeren Summe abgefunden, und dagegen die Klage gegen den Hauptſchuldner cedirt erhalten hat, dieſen doch noch auf die ganze Schuld belangen könne? hat v. Buchholz in den krit. Jahrb. v. J. 1848. S. 974 ꝛc. die entgegengeſetzte mithin die verneinende Meinung aus folgenden Gründen vertheidigt: S. 883. Fr. 21.

1) Das Anaſtaſiſche Geſetz ſtehe zwar einer ſchenkungsweiſen Ceſſion nicht entgegen, aber Juſtinians eben hierauf bezügliches Geſetz laſſe dieſe von Anaſtaſius aufgeſtellte Ausnahme nur dann gelten, wenn die ganze Obligation ſchenkungsweiſe cedirt iſt, nicht wenn ſie theilweiſe gekauft und theilweiſe geſchenkt iſt.

2) Zwar könnte man gegen die Anwendung dieſer Beſtimmung auf den vorliegenden Fall einwenden, daß Juſtinian nur von einer **colorata donatio** in dieſem Geſetze ſpreche, in unſerem Falle aber keine Simulation ſtatt finde, allein abgeſehen hievon liege in dem zwiſchen dem Schuldner und dem Bürgen eingetretenen innigen Verhältniß ein Grund, um anzunehmen, daß der Mandatar aus der Beſorgung des Mandats nichts gewinnen, ſondern nur keinen Schaden haben ſolle; und an dieſem Verhältniß könne auch die Abtretung der Hauptklage nichts ändern, die, wenn ſie gegen Bezahlung eines Theils der Schuldſumme an dritte Perſonen geſchähe, dieſe nur auf einen ſolchen Theil zu klagen berechtigen würde.

Um die Berufung der Ehefrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten durch die Replik, daß das Geld in ihren Nutzen verwendet worden ſey, zu elidiren, iſt es nach **Nov. 134. c. 8.** erforderlich, ut **manifeste probetur, quod pecuniae in *propriam ipsius mulieris utilitatem* expensae sint.** Nicht hinreichend iſt es daher in einer pactirten Ehe, wenn etwa dargethan wird, daß das geliehene Geld zum Nutzen der gemeinſchaftlichen Haushaltung oder ſelbſt zum nöthigen Unterhalt der Frau und ihrer Kinder verwendet ſey, denn zu Tragung dieſer Laſten iſt der Mann gegen das empfangene Heirathgut verpflichtet, ſ. Erk. d. O. H. G. in Mannheim in den Jahrbüchern v. J. 1824. S. 278. S. 889. Fr. 2.

Daß eine Frau, welche *donandi animo* intercedirt, auf das Sct. Vellej. ſich nicht berufen könne, — woferne nicht im ehelichen Verhältniß ein beſonderer Grund der Ungültigkeit der Schenkung liegt, ſ. **Windscheid Diss. de valida mulierum intercessione. Bonn 1838. pag. 19.**, iſt neuerlich beſtritten, und das Gegentheil hinſichtlich der S. 893. Fr. 4.

Digitized by Google

cumulativen Intercession als die herrschende Lehre bezeichnet von Girtanner die Bürgschaft S. 356. §. 8. Bachofen ausgewählte Lehren S. 18.

Auch über die Frage: ob eine weibliche Intercession für ein zu bestellendes Heirathsgut nicht doch gelte, wenn sie gleich nicht in der von Justinian in l. 23. §. 2. C. 4. 29. absolut vorgeschriebenen Form errichtet wurde, weil Justinian in der anscheinend späteren l. 25. sie von der Wirksamkeit des Sct. Vellej. ausgenommen habe, herrscht noch immer Verschiedenheit der Meinungen, und neuerlich behauptet Girtanner die Bürgschaft S. 357. deren Gültigkeit auch bei Nichtbeobachtung der in l. 23. cit. vorgezeichneten Solennitäten. Allein die, wenn auch spätere, Ausnahme vom Sct. Vellej. kann keine andere Wirkung haben, als die früher schon stattgefundenen Ausnahmen, und kann nach der l. 23 cit. nur dann zur Sprache kommen, wenn die in diesem Gesetz allgemein vorgeschriebenen Solennitäten bei Eingehung der weiblichen Bürgschaft angewendet wurden, ohne welche sie die Strafe der Nichtigkeit treffen muß. Dies kann als die vorherrschende Ansicht bezeichnet werden, s. Glück P. K. Bd. XV. S. 26. v. Vangerow Pand. S. 165. no. 4. Sintenis pr. gem. Civilr. S. 845. not. 98. cf. not. 79. u. 88.

Novi operis nunciatio.

S. 939. Fr. 2. Dazu ist Seitens des Nuncianten die Behauptung eines rein factischen Zustandes nicht genügend, vielmehr wird zur Begründung jenes Rechtsmittels die Berufung auf ein Recht, oder auf den Besitz eines Rechts erfordert, s. Präjudicienſamml. d. G. H. Hessischen O. A. G. in Darmstadt Nr. 148.

Actio ad exhibendum.

S. 947. §. 1. Während die Gesetze dem Kläger dabei die Verbindlichkeit auflegen, die Sache, deren Vorzeigung er vom Beklagten verlangt, so zu beschreiben, daß sie von allen Sachen derselben Gattung genau unterschieden werden kann, was aber der Kläger zuweilen nicht vermag, kommt ihm l. 3. §. 7. D. 10. 4. in so weit zu Hülfe, daß er alle Sachen derselben Gattung, welche der Beklagte in seinem Gewahrsam hat, vorgezeigt verlangen kann.

S. 948. Fr. 4. In Ansehung der Kaution, welche derjenige, welcher auf Exhibition klagt, wegen der mit derselben verbundenen Kosten und Schäden zu leisten schuldig ist, sprechen die Gesetze zwar conform der cautio damni infecti nur von einer cautio promissoria, sofern die Betheiligten selbst, und nicht deren Bevollmächtigte oder Geschäftsführer zu caviren haben;

Digitized by Google

l. 7. pr. l. 9. §. 1. D. 39. 2. Die Sufficienz der bloßen promissorischen Caution kann aber zuweilen zweifelhaft seyn, und in zweifelhaften Fällen ist der Realcaution immer der Vorzug zu geben. Thibaut Pand. §. 587. So erkannte das O. A. G. in Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rfälle 1850. S. 151. in folgendem Fall. In einem Hause war eine vom Vorbesitzer des Hauses vergrabene Baarschaft von 10,000 Thlrn. in Gold gefunden worden. Die Erben des Vorbesitzers gründeten indessen auf Wahrscheinlichkeiten, daß in dem Keller noch mehr Gold vergraben sey, den Antrag auf eine umfassende Nachgrabung. Nun kann zwar in den gewöhnlichen Fällen der cautio damni infecti die promissorische Caution genügen, weil da der Cavent doch immerhin eine Sache besitzt, an welche sich der Beschädigte halten kann, nämlich entweder das baufällige Gebäude, oder in Fällen der hier vorliegenden Art, die zu exhibirende Sache; allein in dem vorliegenden Falle war es eben so ungewiß ob noch Geld in Impetrantens Keller werde gefunden werden, als streitig, ob das gefundene dem Impetranten eigenthümlich gehöre, mithin gar kein Object für Sicherheit vorhanden.

Alimentationsverbindlichkeit, S. 959.

vgl. Bd. I. S. 429 ꝛc. 571 ꝛc.

Daß die Pflicht der Alimentation ehelicher Kinder mehr dem väterlichen als dem mütterlichen Großvater, und die Alimentation der Ascendenten mehr den agnatischen als den cognatischen Großkindern obliege, wird wegen l. 5. §. 1. 2. l. 8. D. 25. 3., hauptsächlich aber wegen Novelle 117. c. 7. ziemlich allgemein angenommen, s. v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 104. not. 18.

Die Verpflichtung des Ehemanns zu Alimenten erstreckt sich während der Ehe zugleich auf die von der Frau aus früherer Ehe ihm zugebrachten vermögenslosen Kinder, welche nicht im Stande sind, sich ihr Brod zu verdienen: denn theils war er vor Schließung der Ehe von deren Vorhandenseyn unterrichtet, theils folgt jenes unmittelbar aus seiner Pflicht, die Mutter zu ernähren, s. Urtheil d. App. G. in Leipzig in Emminghaus Pand. S. 265. no. 30.

Begräbnißkosten.

Rücksichtlich des Vaters, welcher für seine Tochter Verpflegungs- und Beerdigungskosten aufwendet, wird gesetzlich vermuthet, daß er solche nicht habe zurück verlangen wollen. Die entgegengesetzte Absicht muß daher, wenn er derartige Kosten von den Erben der Tochter einklagt, von ihm behauptet und erwiesen werden, s. Erk. des O. A. G. zu Celle in Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 20. S. 972. Fr. 2.

Digitized by Google

Dafür, daß — in so fern es sich um eine solvente Erbmasse handelt — die Trauerkleider zu den Leichenkosten eingerechnet werden, bezeugte den Gerichtsbrauch 1851 das O. A. G. in Dresden, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 17.

Beschädigungen.

S. 977. Fr. 1. a. E. Die Aquilische Klage ist auch durch Vornahme einer an sich erlaubten Handlung auf eigenem Grund und Boden wider dessen Eigenthümer begründet, wenn diese Handlung die Veranlassung zu einem für den Kläger erwachsenen Schaden geworden ist, und dem Verklagten die Hintansetzung der gewöhnlichen Vorsicht dabei zur Last fällt, l. 28. l. 30. §. 3. D. 9. 2. Hasse Theorie der culpa S. 80. Aus diesem Grunde wurde die von mehreren Wieseneigenthümern gegen den Fiscus aus dem Grund, weil ihre Wiesen mit Sand und Gries in Folge eines von der Staatsbehörde angelegten, im Verhältniß zum früheren Flußbett entweder zu flach gegrabenen oder ungenügend angedammten neuen Maindurchstiches überschwemmt worden seyen, angestellte Klage auf Schadloshaltung vom O. A. G. in München für zulässig erkannt, s. Seufferts Archiv Bd. IV. H. II. S. 197.

S. 979. Fr. 3. Die Civilhaftungspflicht der Theilnehmer an einem Verbrechen für die durch dasselbe verursachten Schäden betreffend, hat das O. A. G. in Dresden folgende Grundsätze angenommen: a) Jeder, der bei einem Aufruhr, durch welchen Schaden angerichtet wird, durch Rath, Anschlag oder thätige Mitwirkung sich betheiligt, muß für jenen Schaden einstehen, wenn er auch nicht gerade an dem Platz, wo der Schaden angerichtet wurde, sich gegenwärtig befand, l. 4. §. 4. 5. D. 47. 8. Bei einem weit verzweigten verbrecherischen Unternehmen muß das Ganze betrachtet, und jede Handlung, welche als Theilnahme erscheint, direct oder indirect, den bei dem Schaden mitwirkenden Ursachen beigezählt werden. Die Glosse ad leg. all. sagt: licet non in eo loco, ubi sit nocitum, nam turba (viel mehr also seditio, perduellio) magnum spatium loci comprehendit. Der Ausgang der Untersuchung ist übrigens nicht maasgebend für die vermögensrechtlichen Verbrechensfolgen, Mencken Pand. XLVIII. 8. §. 8. Schilter Ex. XLIX. §. 23. — b) Indeß ist doch sorgsam der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Thätigseyn des Einzelnen und dem fraglichen Schaden zu erwägen, s. Donell. Comm. XV. 27. §. 3. Schweppe röm. Privatr. §. 542. Die römischen Pönalklagen sind h. z. T. unanwendbar. Jene Haftpflicht ist keine obligatio correalis, sondern nur ein dieser nachgebildete durch eigene selbstständige Thätigkeit des Bethei-

Digitized by Google

ligten bedingtes Rechtsverhältniß. Schröter in Linde's Zeitschr. VI. S. 413. Geht Kritz in den Rechtsfällen III. S. 224*) weiter, so muß man dagegen in Betracht ziehen, daß nach v. Savigny System Bd. V. S. 41. 50. die Römer in dieser Materie einen schwankenden Sprachgebrauch, eine Verwechselung der Entschädigung und der Strafe verschulden. Gerade l. 51. D. 9. 2. auf die Kritz sich beruft, liefert hiezu ein Beispiel: Noodt ad L. Aquil. c. 4. X. Vielmehr enthalten §. 11. J. 4. 1. — l. 11. §. 3. l. 14. §. 1. D. 9. 2. — l. 9. D. 9. 4. — l. 4. 5. D. 47. 8. nur Folgerungen aus dem Satze, daß der Regel nach Jeder über die Folgen seiner eigenen strafbaren Handlung hinaus nicht verbindlich werde, vgl. ein beipflichtendes Erkenntn. des O. A. G. zu Jena in den Annalen d. Criminalrechtspflege I. 1837. S. 89. Selbst bei einer wohlgeordneten Schilderhebung einer anarchischen Parthei kann nicht abgesehen werden von der Prüfung, wie ferne bei dem Einzelnen intellectuelle Miturheberschaft bezüglich bestimmter Schäden statt fand. Mindestens Mitwissenschaft von den speciellen schadenden Vorgängen ist unerläßlich, womit die bei a) angezogene Glosse nicht in Widerspruch steht, s. Wochenbl. f. Rechtsfälle 1850. S. 351. — 1852. S. 1.

Ein impubes kann sich einer culpa schuldig machen, und also ex lege Aquilia auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wenn derselbe pubertati proximus gewesen ist, l. 23. D. 47. 2. — l. 5. §. 2. D. 9. 2. — l. 4. §. 26. D. 44. 4. — l. 111. D. 50. 17. — civil. Archiv Bd. IV. S. 216. Hasse die culpa. S. 50. Ed. II. Puchta Institt. Bd. II. S. 321. Daraus folgt, daß desfalls einer Ehefrau, um sie dafür, daß ihr durch Tödtung des Ehemanns der Unterhalt entzogen wurde, zu entschädigen, ein Anspruch gegen das Kind, welches den Tod verschuldete, zustehe. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn der Getödtete damals selbst die Aufsicht über jenes Kind zu führen hatte, l. 203. D. 50. 17. — l. 11. pr. D. 9. 2. Luden Abh. v. d. Strafr. Bd. II. S. 294. Erk. d. A. G. in Leipzig in Emminghaus S. Pand. S. 601. no. 4. S. 979. Fr. 3.

*) Kritz sagt l. c., wer seine verbrecherische Absicht hat thatsächlich in die Erscheinung treten lassen, ein Verbrechen begangen hat, der muß den Schaden ersetzen, den das Verbrechen gestiftet hat, wie schädlich oder unschädlich, was er für seine Person gethan, auch in dem concreten Falle um deswillen erscheine, weil Andere mit ihm das Verbrechen verübt haben, und auch ohne ihn vollbracht hätten, oder weil seine Theilnahme nicht geschadet hat, da die Schädlichkeit des Actes schon vollendet war, als seine Theilnahme thatsächlich hinzutrat, s. l. 51. D. 9. 2.

Digitized by Google

S. 984. Fr. 4. Schmerzengeld kann nicht wegen jeder thätlichen Mißhandlung verlangt werden, sondern es setzt voraus, daß der Verletzte sich einer Kur unterwerfen mußte, indem der Richter die Höhe des Schmerzengelds nach der Beschaffenheit der Verletzung und der Dauer der Kur zu bemessen hat, s. Glück l. c.

Zweifelhaft ist, ob die Klage auf Schmerzengeld der einjährigen Verjährungszeit der Injurienklagen unterliege? Dies wäre zu verneinen, wenn man diese Klage nach Glück im P. R. Bd. X. S. 384. als eine act. legis Aquiliae utilis zu betrachten hätte. Das O. A. G. in München gab aber der Ansicht Genslers im civil. Archiv Bd. I. S. 147., womit auch Puchta in s. Pandekten §. 388. übereinstimmt, den Vorzug, welche die immer nur auf reinen Schadenersatz gehende act. leg. Aquil. nicht für anwendbar erachten, sondern vielmehr eine Privatpönalklage unterstellen, welche die nächste Aehnlichkeit mit der act. injur. aestimatoria hat, indem das Schmerzengeld eine Buße ist für die verursachten physischen Schmerzen, wie bei der Injurienklage die Geldbuße für den Gemüthsschmerz, daher die analoge Anwendung der für die Injurienklagen geltenden einjährigen Verjährungsfrist auf die Schmerzengeldsklage als gerechtfertigt erscheint, s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 175. Diese Ansicht stimmt zusammen mit §. 9. 10. J. 4. 4. in summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et si quidem civiliter agitur, aestimatione facta secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur. Dabei findet sich nur eine Schwierigkeit darin, daß bei uns Körperverletzungen gewöhnlich eine öffentliche Strafe nach sich ziehen, welche bekanntlich die Privatstrafe ausschließt. Man muß daher entweder, wie das O. A. G. in Oldenburg gethan hat, die act. leg. Aquil., wofür die gemeine Meinung behauptet wird, s. Archiv f. d. Praxis des im G. H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. III. S. 279. festhalten, oder hier eine in der C. C. C. Art. 20. begründete Ausnahme von der Regel annehmen.

S. 986. §. 2. Auch die Tödtung eines Menschen kann seine Wittwe und Kinder, welche dadurch ihren Versorger verloren haben, zum Anspruch auf Schadenersatz berechtigen. Vergebens würde man einwenden, daß nach R. R. der Körper eines freien Menschen keiner Schätzung unterliege, denn es handelt sich hier um einen das Vermögen treffenden Schaden. Wäre der Getödtete an der erlittenen Körperverletzung nicht gestorben, sondern nur für immer arbeitsunfähig geworden, so wäre derselbe un-

Digitized by Google

streitig berechtiget gewesen, einen seinem bisherigen Arbeitsverdienst entsprechenden Unterhalt auf Lebensdauer zur Schadloshaltung zu verlangen. Die actio de pauperie ist gegen den Eigenthümer des Thiers, welches den Schaden angerichtet hat, ohne Unterschied, ob der Schade mittelbar oder unmittelbar zugefügt wurde, von den Gesetzen gegeben, l. 1. pr. §. 1. 2. 4. 7. 12. 13. D. 9. 1. Seuffert P. R. §. 430. Mittelbar ist er in diesem Fall allerdings der Wittwe und den Kindern zugefügt, überdem geht auch die Klage, welche der Verstorbene gehabt hätte, auf die Erben über. Diesen kann auch nicht der Beweis, wie lang der Getödtete außerdem gelebt haben würde, zugemuthet werden, sondern es entscheidet hierüber die gesetzliche Vermuthung nach l. 68. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Aus diesen Gründen erkannte das O. A. G. in München der Wittwe eines durch den der Gemeinde gehörigen Faselochsen getödteten Hirten den von dieser geforderten Schadenersatz zu, Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 253. Uebereinstimmend ist ein Erk. des A. Ger. in Leipzig in Emminghaus Pand. S. 601. no. 3. unter der Voraussetzung, daß der Getödtete der eigentliche Versorger von Weib und Kindern war, und deren eigenes Vermögen zu ihrem standesmäßigen Unterhalt nicht ausreicht, Glück P. R. Bd. X. S. 341.

Beschädigung durch Amtshandlungen der Behörden.

Daß der Gerichtsbeamte einer sich verbürgenden Frauensperson die weiblichen Rechtswohlthaten nicht vorgehalten hat, begründet keinen Regreß gegen denselben, wenn nicht eine gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, daß er die Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten von Amtswegen zu fordern habe, s. Erk. d. O. A. Ger. zu Cassel in Pfeiffers prakt. Ausführung Bd. VIII. S. 582. S. 998. Fr. 2.

Hinsichtlich der Regreßklage gegen Schätzleute wegen unrichtiger Schätzung pflegt man gewöhnlich die Bestimmungen des R. R. über die Verantwortlichkeit der mensores, l. 1. pr. §. 1. l. 2. §. 1. D. 11. 6., — welche man auch auf andere wissenschaftliche Functionen ausgedehnt findet, l. 7. §. 1. 3. 4. eod. in Anwendung zu bringen. Darin, daß der Prätor gegen sie nur wegen dolus und der ihr gleich geachteten culpa lata eine actio in factum gestattete, erblickt man das Princip, daß der Gesetzgeber bei Geschäften, welche nicht mechanischer Natur sind, sondern verschiedene Arten der Auffassung und Beurtheilung zulassen, nur dann eine Haftung der Sachverständigen statuiren wollte, wenn außer dem Falle des dolus ein von ihnen begangener Irrthum von der Art ist, daß er bei Anwendung gewöhnlicher

Digitized by Google

Vorsicht und Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können, s. Arnold pr. Erört. H. 3. S. 374. Daß die Taxatoren gewöhnlich ein Honorar erhalten, berechtigt, — wie wohl einige Rechtsgelehrte dafür halten, s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. XI. tit. VI. §. 2. Oeting tr. de limit. c. 16. Voet Comm. ad Pand. Lib. XI. tit. VI. §. 1.*) — keineswegs, diese höheren Functionen der gemeinen Dienstmiethe (loc. cond. operar.) zu subsumiren, s. Seuffert Pand. §. 334. Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. II. S. 373. not. c. Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. S. 687. Arnold l. c.

Dissentirend ist übrigens Sintenis l. c. hinsichtlich der Frage über Haftung der Sachkundigen aus solchen Dienstleistungen. Er behauptet, daß die abweichende Beurtheilung, welche sich im R. R. für den Fall si mensor falsum modum dixerit, sammt seinen oben bemerkten Ausdehnungen findet, jetzt ganz wegfallen müsse, weil sie auf einem Gesichtspunkt beruhe, welcher im heutigen Recht ganz entschieden verlassen ist.**) Er hält dafür, wenn es zweifelhaft ist, ob eine Dienstleistung oder ein Mandat anzunehmen sey, so möchte doch nicht leicht eine praktische Verschiedenheit übrig seyn, l. c. S. 563. not. 8. Auch Unterholzner l. c. S. 376. sagt: „der heutige Gerichtsbrauch wird unbedenklich eine Haftung wegen jeglicher Verschuldung annehmen." Jedoch ist nach Sintenis l. c. S. 687. not. 2. „über den zu vertretenden Begriff der Verschuldung noch darauf aufmerksam zu machen, daß, in so ferne zur Leistung von Diensten die Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft gehört, sich ein besonderer Maasstab weder an die individuellen Kräfte noch an das Resultat legen läßt, daß es mithin zur Abwendung der culpa ausreicht, wenn nur von seinem Standpunkt und dem von ihm beherrschten Kreis des Wissens aus keine culpa sich ihm vorwerfen läßt, denn überhaupt ist das Ansprechen eines solchen Dienstes mit eine Sache des Vertrauens, wobei sich derjenige, welcher eines solchen bedarf, sich vorsehen mag."

In einem Erkenntniß des O. A. G. in München wird in dem Fall, wenn ein Hypothekgläubiger durch unrichtige Schätzung des ver-

*) Diesen stimmt Glück im P. R. Bd. XI. §. 765. in dem Falle bei, wenn solche Personen adhibirt wurden, die sich dazu für einen Lohn dingen lassen, und sich von diesem Metier nähren. Dagegen ist aber zu erinnern, daß das Bedungene regelmäßig nur als Honorar, nicht aber als merces zu betrachten ist, wie Glück selbst l. c. §. 763. S. 377. zugesteht.

**) Inter *talem personam* — magis operam *beneficii* praeberi, l. 1. pr. D. 11. 6., weshalb die Römer bei den Funktionen der Meßkünstler gar keine Geschäftsverbindlichkeit, sondern nur eine Delictsobligation statuirten.

Digitized by Google

pfändeten Gegenstandes getäuscht worden ist, die Regreßklage gegen die Schätzmänner auch einem späteren Hypothekgläubiger zugestanden, welcher durch die nicht wegen seines, sondern wegen eines früheren Darlehns geschehene Schätzung getäuscht und beschädigt wurde, s. Arnold l. c. S. 389. Der Kläger hat auch nur zu beweisen, daß er nach der Schätzung das Geschäft eingegangen habe, nicht aber, daß er im Vertrauen auf die Schätzung gehandelt habe, d. h., daß die Schätzung der Beweggrund für ihn war, das Geschäft einzugehen, s. Arnold l. c. S. 392.

Die Praxis gestattet die Klage auch gegen die Erben des Schätzers, soweit die Erbschaft reicht, wenn auch die Sache nicht schon bei Lebzeiten des Letzteren anhängig geworden ist, s. Thibaut Pand. §. 519. Glück l. c. XI. S. 382.

Die Klagverjährung beginnt nicht vom Zeitpunkt der gepflogenen Schätzung, sondern vom Zeitpunkt des übernommenen Geschäfts, l. 4. D. 11. 6.

Der hier aufgestellte Satz, daß die Erben eines Verwalters fremder Gelder hinsichtlich des von ihnen zu vertretenden Grades der von diesem begangenen culpa den Erben eines Vormunds gleich gestellt zu werden pflegen, gründet sich vorzüglich auf l. 4. l. 6. D. 27. 8. — l. 2. C. 5. 75. Hasse von der culpa §. 71 u. 72. Pufendorf Obs. T. II. Nr. 26. Diese Gesetze beziehen sich aber nur auf die Magistrate als Obervormünder, in welcher Eigenschaft ihre Erben wohl nicht härter gehalten werden mochten, als die Erben der Vormünder. Mandatum und tutela sind zwei sehr verschiedene Rechtsverhältnisse, daher die Analogie nicht ganz unbedenklich. Hiezu kommt, daß die — freilich unglossirte l. 42. §. 5. C. 1. 3. und Nov. 123. cap. 23. bei Verwaltung der geistlichen Güter und pia corpora die Erben der Verwalter eben so haftbar macht, wie diese selbst. S. 1002. Fr. 4.

Nach der Meinung Einiger, s. Voet Comm. ad Pand. L. III. tit. I. §. 10. Gensler Comm. zu Martin I. 116. hätte der Anwalt nur für dolus und culpa lata zu haften, weil auch der judex und der mensor nur in so weit zu haften haben, allein mehrere Gesetzstellen sprechen bestimmt dagegen, besonders l. 13. C. 4. 35. — Wegen l. 57. pr. D. 26. 7. glaubt v. d. Pfordten in s. Abhandl. S. 315., daß der Mandatar nur zur diligentia, quam suis rebus adhibere solet, verbunden sey, allein es wird entgegnet, daß die l. 57. nur von einem besonderen Fall spreche, s. v. Arnold pr. Erört. H. 3. S. 399. S. 1013. Fr. 8.

Ein Rechtsirrthum kann den Anwalt nicht verbindlich machen, wenn es ein solcher ist, welchen der Richter von Amtswegen verbessern

Digitized by Google

muß, s. Glück P. R. Bd. V. S. 112. Leyser Med. Sp. 256. §. 1. eben so nicht ein solcher, welcher durch Undeutlichkeit des Gesetzes veranlaßt ist, denn auch hier ist der Richter verpflichtet, die richtige Auslegung von selbst zu machen, s. Arnold l. c. S. 402.

S. 1014. Fr. 9. not. *) Haftung des Staats für gerichtliche Depositen. Zufolge l. 5. §. 11. D. 14. 3. wird bekanntlich vorausgesetzt, daß der Beamte dabei in seiner amtlichen Sphäre gehandelt habe, daß mithin der Fall ein solcher gewesen sey, in welchem die bestehenden Civilgesetze die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Deponirung verordnen, mit anderen Worten: daß eine justa causa deponendi vorhanden gewesen sey. — Nun ist aber bei gerichtlichen Geld-Hinterlegungen der gewöhnliche Geschäftsgang dieser, daß der wirklichen Annahme der Gelder ein gerichtliches Annahms-Mandat vorhergeht, durch welches also die justa causa schon gerichtlich anerkannt ist. Da nun der Gerichtsbeamte auch dazu bestellt ist, in vorkommenden Fällen über das Daseyn eines Depositionsgrundes zu urtheilen, und nach seiner Beurtheilung der obwaltenden Umstände zu verfahren, so wird man nicht sagen können, die lex praepositionis sey von ihm überschritten worden, wenn er das Daseyn eines Depositionsgrundes — obwohl irrig — angenommen hat, s. Seuffert u. Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 203. In Ansehung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Bayern ist ebend. Bd. X. S. 161. 172 ꝛc. gründlich ausgeführt, daß die Regierung vermöge der bestehenden Depositat-Verordnungen sich von der Haftung ex facto illicito ministri nicht loszählen, noch dieselbe auf den Fall einer culpa in eligendo oder einer sonstigen eigenen Mitverschuldung von Seite des Staatsoberhaupts beschränkt wissen will, vielmehr der Staat für jede Beschädigung zu haften hat, welche durch eine Amtshandlung seines Beamten verursacht worden ist, so fern dieselbe im Allgemeinen in die Sphäre der diesem anvertrauten Wirksamkeit fällt.

Actio Pauliana.

S. 1019. no. II. Wenn ein mit Execution bedrohter Ehemann sein Mobiliar an die Ehefrau dergestalt verkauft, daß Illaten ihr mittelst des Kaufpreises compensando zurückgewährt werden sollen, so kann sie nicht auf die eigentlich nur von der dos sprechenden l. 25. 26. D. 23. 3. — l. 21. D. 23. 4. sich berufen, s. Glück P. R. Bd. VIII. S. 168. XXV. S. 39., vielmehr findet gegen sie act. Pauliana in der Weise statt, daß die Illatenforderung als *nicht fällige* gilt, folglich Bekanntschaft der Frau mit einer Absicht, die Gläubiger zu beschädigen, gar nicht er-

Digitized by Google

fordert wird, l. 10. §. 12. l. 17. §. 2. D. 42. 8., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rfälle 1850. S. 225.

Auf Rescission einer datio in solutum ist die act. Pauliana dergestalt zulässig, daß beide Streittheile pro rata ihrer fälligen Forderungen den Werth der in solutum gegebenen Sachen empfangen. So erkannte das O. A. G. in Dresden 1851, s. Wochenbl. f. Rfälle 1852. S. 193. Die Meinung Franke's im civil. Archiv Bd. XVI. S 262. 269 ꝛc., daß dieselbe immer als Gratification gelten solle, hat im Sächsischen Gerichtsbrauch keinen Eingang gefunden, Gottschalk Disc. I. 36. Biener Op. II. p. 117. Curtius Handb. §. 587. Kori Comm. Th. I. §. 44. Daß l. 6. §. 2. D. 42. 5. u. l. 24. D. 42. 8. von Franke l. c. S. 251. und Günther in Weiske's Rechtslex. II. S. 784. auf den Vormund unmündiger Erben, den sie wörtlich erwähnen, zu beschränken seyen, wird widerlegt bei Dabelow Concurs S. 427. Laspeyres im civil. Archiv Bd. XXI. S. 78. Selbst Franke räumt l. c. S. 135. ein, daß Jenes communis opinio sey. S. 1019. no. III.

Anfechtung einer Pfandbestellung durch die Paulianische Klage. S. 1019. no. III.

Um in Folge der Paulianischen Klage Hypotheken ohne Entschädigung aufzuheben, ist erforderlich: entweder vgl. auch Bd. I. S. 219. §. 3.

a) daß die begünstigten Gläubiger durch die Hypothek einen lucrativen Erwerb gemacht, oder

b) daß ihnen einiger Theil an der Gefährde des Schuldners zur Last fällt.

Ersteres ist dann nicht der Fall, wenn die Pfandbestellung auf rechtlich erlaubtes Andringen des Gläubigers, sey es nun im Weg gerichtlicher Klage oder durch außergerichtliches Andringen auf Zahlung geschah. Der Gläubiger macht da keinen lucrativen Erwerb, denn er stundet dagegen, ohne es schuldig zu seyn, auf längere Zeit, vielleicht doch mit Verlustgefahr oder doch mit der Gefahr, sich den Weitläufigkeiten und Beschwerlichkeiten einer Liquidation in der Gant auszusetzen, wohl aber ist es dann der Fall, wenn der Schuldner, ohne daß für eine fällige Schuld das Andringen eines Gläubigers vorlag, die Hypothek bestellt; in diesem Fall macht der mit einer Hypothek begünstigte Gläubiger allerdings einen lucrativen Erwerb, denn es wird ihm zu seinem Forderungsrecht noch ein neues Recht, das Pfandrecht, ohne Gegenleistung oder Gegenbewilligung bestellt, s. Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung Bd. XIV. S. 25. und das dort angeführte Erkenntniß des K. Bayer. O. A. Ger.

Digitized by Google

Für sich alleine reicht der Umstand, daß die Unzulänglichkeit des Vermögens des Gemeinschuldners zu der Zeit schon statt gefunden habe, als er für einen seiner Gläubiger eine Hypothek wegen schon früher bestandener Forderungen errichtete, und daß dieser Zustand der Insolvenz nicht nur ihm, dem Gemeinschuldner, sondern auch dem Hypothek-Empfänger bekannt gewesen sey, zur Begründung der Paulianischen Klage nicht hin, s. Flach Entscheid. Th. I. S. 36. und das dort angeführte Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden.

Eine versprochene *dos* kann, insoferne die Gläubiger dadurch verkürzt werden, in dem Concurs des Vaters, der sie versprochen, nicht liquidirt werden, denn die dos soll nach Verhältniß des Vermögens des Vaters abgemessen werden, l. 69. §. 4. D. 23. 3. und dieses ist nur in so weit vorhanden, als es von Schulden frei ist, l. 72. pr. eod. — l. 39. §. 1. D. de V. S. Hommel Rhaps. Obs. 290. Kori Concursproceß §. 41. S. 64. not. 188. der 2. Ausg. Auch findet, so lange die dos dem Ehemann noch nicht zugebracht worden, die Zurückforderung gegen die Tochter statt, auch wenn sie von der Insolvenz ihres Vaters nicht unterrichtet gewesen ist, l. 10. §. 14. l. 25. §. D. 42. 8. l. 2. C. 7. 75. Vorausgesetzt wird hiebei, daß der Gemeinschuldner bei der fraglichen Zuwendung insolvent war, und es auch gegenwärtig ist, s. Seuffert Archiv f. Entscheid. der obersten Gerichte Bd. I. H. 3. S. 434.

Die Zuwendung eines Heirathsguts wird als ein Act der Liberalität angesehen, l. 25. §. 1. D. 42. 8. quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse intelligitur, ein solcher kann aber mit der Paulianischen Klage angefochten werden, ohne daß es darauf ankommt, ob die Empfängerin die Insolvenz des Gebers gewußt hat, oder nicht, ebend. S. 440.

Digitized by Google

Register.

Die Zahl bedeutet die Seite.

A.

Abstinendi jus 210.
Abwesenheit 60.
Accrescenzrecht unter Miterben 210.
— der Collegatare 242.
Actien-Vereine 348.
Actio, ob durch bereits eingetretene Rechtsverletzung bedingt 44.
— legis Aquiliae 356.
— aquae pluviae arcendae, s. Wasserrecht.
— de in rem verso 128.
— de pauperie 359.
— de partu agnoscendo 83.
— de recepto 344.
— institoria 321.
— negatoria 183.
— Pauliana 55. 362.
— Publiciana 173.
— quanti minoris 286.
— redhibitoria, s. Redhibitionsrecht.
Adoptivvater 126.
Adventizgüter, s. peculium.
Aedilitisches Edict 286.
Alimentationspflicht 122. 355.
— ob sie auf die Erben übergehe 86.
Alimentation unehelicher Kinder 83.
Alimente, ob darunter Studirkosten begriffen werden 122.
— deren Rückforderung 84. 85. 123.
Alluvionen 158.
Altentheil 330.
Alter, 70jähriges 62.
Anastasiana lex 261.
Anwälte, deren Haftung 361.
Aqua, s. Wasserrecht.
Arrogatus 92.
Assecuranz für Zolldefraudationen 334.
Assignation 323.

B.

Bedingungen 69—73.
Begräbnißkosten 355.
Beneficiaterbe 217.
Beneficium competentiae 264.
— divisionis 352.
— excussionis 351.
— separationis 217.
Beschädigung durch unrichtige Schätzung 359.
— durch Amtshandlungen der Staatsdiener 359.
— durch Bauführungen 155.
— — Theilnahme an Verbrechen 356.
— Haftung der Erben eines Verwalters 361.
Besitz, insonderheit quasi-possessio 150. 152.
— dessen Mängel 151.
— — Erwerb durch Mittelspersonen 147.
— dessen Uebertragung, s. Tradition.
Besitzstörungsklage 150.
Betrug beim Kauf 297.
Bilateral-Contracte 276.
Billigkeit 2.

Digitized by Google

Blödsinn 61.
Bodmerey 305.
Brautkinder 196.
Briefe, Eigenthum an denselben 164.
— durch sie eingegangene Verträge 164.
Brücken 158.
Buden, ob zu den beweglichen Sachen zu rechnen 66.

C.

Causa debendi 303.
Cautio indiscreta 303.
Cedent, dessen Sachlegitimation 261.
— s. auch Gewährleistung.
Cessio bonorum 265.
— der Connossemente 254.
— zweiseitiger Verträge 254.
— in potentiorem 253.
— rei litigiosae 253.
— deren Beweis 255.
— certioratio debitoris 253.
Cessionar, ob er auf eine Wiederklage sich einzulassen schuldig 256.
— dessen Sachlegitimation 255. 261.
— — Compensationsrecht 255.
Civilcomputation der Zeit 74.
Clausula codicillaris 223.
— privatoria in Testamenten 197.
— reservati dominii 164.
Codicille, ob Substitution darin zulässig 200.
— ab intestato 226.
— testamento confirmati 228.
Collation einer einfachen Schenkung 221.
— einer remuneratorischen 223.
— überhaupt 225.
— der Militär-Einstandsgelder 223.
— der Enkel, welche ihren Vater nicht beerbt haben 222.
— deren Untersagung 223.
— bei der Concurrenz eines überlebenden Ehegatten mit Descendenten des Erblassers 222.
Collision der Gesetze, überhaupt 15.
— bei Schwängerungsklagen 86.
— bei Delicten 28.
Collision der Gesetze bei einer im Ausland geschlossenen Ehe 32.
— rücksichtlich der Klagsverjährung 29.
— bei brieflichen Injurien 28.
— in Ansehung des ehelichen Güterrechts 32.
— locus regit actum 36.
Commorientes 298.
Commissionsgeschäft 320.
Compasculationis jus reciprocum 181.
Compensation, privilegium fisci 292.
— im Concurs 292.
— und Gegencompensation bei einer cedirten Forderung 255.
— mit der Forderung des Correalschuldners 292.
— deren Verjährung 293.
— im Fall eines Moratoriums 264.
Compensatio fit ipso jure 291.
Concursgläubiger, deren Rechte bezüglich der vom Gemeinschuldner geschlossenen Pachtverträge 265.
Concurrenz der Rechte 42.
Condictio indebiti 306—312.
— ob injustam causam 274. 312.
— sine causa 308. 313.
Conditio potestativa in Testamenten 72.
— resolutiva l. suspensiva 72.
Condominium 165.
Confessio geminata 305.
Connossemente 254.
Conventionalstrafe 275.
Correalverbindlichkeit 253.
Creditum in restitutionem aedificii 186.
Cura absentis 212.

D.

Darlehn 303.
Datio in solutum 263.
Delegation 295.
Depositi contractus 314.
Depositum irregulare 315.
— Haftung des Gerichts 362.

Digitized by Google

Depositar, dessen Haftung 314.
Dies interpellat pro homine 267.
— bei Vermächtnissen 73.
Dienstleistungen, s. Verbindlichkeit.
Diuturnitas 5.
Donatio, s. Schenkung.
Dos promissa 101.
— Theilung der Früchte bei getrennter Ehe 107.
Dotalgelder 99.
Dotis privilegium in concursu 186.
— repetitio 107.
— evictio 102.
— privatio 119.
Dotal-Grundstücke, deren Veräußerung 106.

E.

Ebenbürtigkeit 89.
Ehe, deren Annullirung 92. 108.
— ob zu deren juristischer Wirksamkeit die Beschreitung des Ehebetts gehöre 88.
— Erforderniß elterlicher Einwilligung, insonderheit eines Arrogirten 92.
— zwischen Christen und Juden 93.
— zweite, deren Nachtheile 119—122.
— putative 122.
— außer Landes geschlossene, s. Collision der Gesetze.
s. auch Gewissensehe.
Ehebruch, versuchter 109.
Ehefrau, deren Verbindlichkeit aus Rechtsgeschäften 96.
Ehegatten jüdische, deren Erbrecht 194.
Eheliche Rechte 95.
Ehehinderniße 93.
Eheschulden, insonderheit Passiv-Receß eines Rechnungsbeamten 95.
Ehetrennung ex capite adulterii, Compensations-Einrede 109.
— — Gründe derselben, nach welchen Gesetzen sie zu beurtheilen 10.
— wegen Verbrechen 110.
— jüdischer Ehegatten 113.
— wegen böslicher Verlassung 110.
— — Hasses und Drohungen 110.
Ehetrennung wegen Verschwendung 110.
— wegen ansteckender Krankheit 111.
— — Verstandeszerrüttung 111.
— — vom anderen Gatten beharrlich verweigerter Fortsetzung der Ehe 111.
— ob sie durch die Todeserklärung des verschollenen Ehegatten bewirkt wird 216.
— Fortführung des Namens des geschiedenen Gatten 113.
— von Tisch und Bett 112.
Eheverlöbniß 93.
Ehrenverletzung, s. Injurie.
Eid, promissorischer 41.
— von einer Corporation abzuleistenden 62.
— bei Correalverbindlichkeiten 253.
— beim commissorischen Verztrag 41.
Eidlicher Verzicht auf Anfechtung ungültiger Rechtsgeschäfte 41.
Eingebrachtes, dessen Zurückgabe 99.
Einkindschaft 133.
Einwilligung, stillschweigende 69.
Eisenbahnfahrtgeld 306.
Emancipation 129.
Emphyteusis 185.
Enterbungssache, ob durch Verzeihung aufgehoben 207.
Erben, Bedeutung des Worts 205.
s. auch Beneficiaterbe—Fiduciarerbe.
Erbfolge nach jüdischen Ritualgesetzen 194.
Erbegeld im Concurse 266.
Erblosung 338.
Erbschaftserwerb für Abwesende 212.
Erbtheilung 221.
Erbverträge 10. 248.
Vertrag über die Erbschaft eines Dritten 247.
Erbverzicht 248.
Ersitzung, überhaupt 170.
— der Servituten 175.
— der Forstrechte von Seite einer Gemeinde 162.
— der Sachen Minderjähriger 170.

Digitized by Google

Ersitzung, der Pfandfreiheit 167.
— durch Mittelspersonen 168.
Evictionsverbindlichkeit 287—291.
Eviction bei einer vom Erblasser getroffenen Vertheilung der Erbschaftsstücke 221.
— in Hinsicht auf Flächengehalt und Gränzen 287.
— wegen nicht angezeigter Lasten 290.
— wegen verschwiegener Servituten 289.
Exc. non num. pecuniae 304.
— — — dotis 106.
— non adimpleti contractus 106. 277.
— non rite adimpl. contr. 280.
Expressa nocent, non expressa non nocent 68.

F.

Fahrgerechtigkeit 176.
Familiae erciscundae judicium 221.
Fiduciarerbe, dessen Recht an den Früchten 242.
Fideicommissum ejus, quod superfuturum erit 245.
— universale 242.
— familiae 244.
Fideicommiß, dessen Unveräußerlichkeit 243.
— — dessen Art der Errichtung 245.
— — Schulden 246.
Fidejussio, s. Bürgschaft.
Fiscalische Klagen, deren Verjährung 46.
Fiscus, dessen Privilegien 65.
Flüsse 158.
Forstrechte, deren erlöschende Verjährung 163.
Frachtvertrag 344.
Früchte, deren Erwerb durch den b. f. possessor 67.
Furiosi, auch Blödsinnige 61.

G.

Gebäude, Recht derselben 155.
Gemeinden, Schiedseid an dieselben 62.
Gemeindesachen 63.
Gesetze, deren zeitliche Begrenzung 7.
— deren örtliche Begrenzung 15.
— deren Collision 15.
Gewährleistung wegen verschwiegener passiver Realservituten 289.
— zu welcher der Cedent verpflichtet ist 259.
Gewissensehe 89.
Gewohnheitsrecht 3.
Guts-Inventarium 67.
Gütergemeinschaft, eheliche 95.

H.

Hereditatis petitio 218.
Pro herede gestio 193.
Hutgerechtigkeit 179.

I.

Jalousien 66.
Immemorialverjährung, s. Verjährung.
Immiscere se hereditati 193.
Injurien, briefliche, s. Collision der Statuten.
— s. Enterbungsursachen.
— Haftung des Redacteurs wegen injuriöser Artikel 79.
— Eideszuschiebung in Injuriensachen 81.
Injurienklagen, deren Verjährung 81.
Injurienklage, ästimatorische 81.
Inofficiositätsquerel der Geschwister 207.
— — — ob deren ungeachtet der Notherbe, welcher das Testament angefochten hat, das ihm darin ausgesetzte Legat fordern könne 208.
Interceßionsarten 350 ꝛc.
Interdictum uti possidetis bei Servituten 43.
— — ne quid in flumine publico 158.
— — de itinere actuque privato 153.
— — de precario, dessen Verjährung 45.

Digitized by Google

Interesse 252.
Intestaterbfolge, nach welchen Gesetzen zu richten 13.
Invecta et illata 342.
Irrthum 68.
Iter, s. servitus.
Juden, deren Verträge mit Christen 272.
— Erbrecht des Ehemanns 194.
— — der Erstgeburt 195.
Judicis officium 6.

K.

Kaufcontract 324.
Kauf, durch Versteigerung 329.
— gegen ein Veräußerungsverbot 325.
— sub clausula reserv. dominii 336.
— bricht Miethe 10.
Kinder, Bedeutung des Worts 121. 205.
Kirchenbaulast 184.
Kirchhöfe 184.
Klagen, deren Erfordernisse 43. 44.

L.

Laesio enormis 326.
Leben, ob am neugeborenen Kind zu vermuthen 84.
Legat, bedingtes, hinsichtlich der Auszahlung 74.
— von einer willkührlichen Handlung des Erben abhängiges 72.
— mehreren Erben auferlegtes 224.
— auf den Todesfall des Erben 225.
— ohne Benennung des Legatars 230.
— dessen Erwerbung 74.
Legatum generis 237.
— speciei 237.
— nominis 238.
Legati ademtio 239. 241.
Legitimati, deren Successionsfähigkeit 130.
Legitimationsfähigkeit der adulterini per subsequens matrimonium 129.
Leibrenten, deren Verjährung 329.
Leibzuchtsvertrag, 681.
Locatio conductio überhaupt 340.
— conductio operis 343.
Locatio operarum 344.
Lotteriegewinn 98.
Kauf eines Lotterieloses 330.

M.

Mandatum 316.
Mäklerlohn, s. proxeneticum.
Miethvertrag, s. loc. cond.
Militair-Einstandsgelder 223.
Minderjährige Ehefrauen 272.
Mithut des Eigenthümers 179. 181.
Mora solvendi 267.
— accipiendi 187. 269.
— debitoris rerum fungibilium 268.
Moratorium 264.
Mortalitäts-Tabelle 61.
Muciana praesumtio 97.
Mühlenrecht 159. 161.
Mühlgraben 160.

N.

Näherrecht 45.
Negotiorum gestio 323.
Nießbrauch, väterlicher 126. 294.
— dessen Verjährung 182.
Novatio 294.
Nunciatio novi operis 354.

O.

Obligatio alternativa 251.
Observanz 3.
Officium judicis 6.
Oral-Fideicommiß 229.

P.

Pacht- und Miethvertrag 340.
Pactum de ineundo contractu 271.
— de non petendo 352.
Paulianische Klage, s. actio.
Parapherna 108.
Paternitätsklagen 81.
Peculium adventitium 124.
— profectitium 127.
Periculum bei der loc. cond. operar. 269.
Pertinenzen 66.
Pfand, dessen Eviction 186.

Digitized by Google

Pfandgläubiger, jus distrahendi 187.
Pfandklage, deren Verjährung 190.
Pfandrecht, bezüglich des Rückerwerbers der verpfändeten Sache 190.
Pfandschuldner, dessen Dispositions-Befugnisse 189.
Pfandveräußerung 187.
Pflichttheilsberechtigter, ob er Versteigerung der Erbschaftsstücke verlangen kann 206.
Possessionis vitia 176.
Possessorium ordinarium, ob gegen den Landesherrn zulässig 151.
Possessorium summarissimum 43. 153.
Präjudicate 4.
Prälegat 233.
Privilegium dotis 186.
— crediti in restitutionem aedificii 186.
Privilegien, fiscalische 65.
Privilegiatus contra aeque privilegiatum etc. 42.
Privilegium fisci als Cessionar 42.
Prodigus, ob er ein Pfandrecht am Vermögen seines Curators hat 142.
— dessen Befugniß zum Testaments-Widerruf 62.
Protestation, außergerichtliche 305.
Protimiseos jus 337.
Provocatio ad agendum 44.
Publiciana actio, s. actio.

Q.

Quadriennium restitutionis 57.
Quarta Trebellianica u. Falcidia 231.
Quasi-possessio jurium 150.
Querela inofficiosae donationis 208.
— non numeratae dotis 105.
Quittungen 263.

R.

Re et verbis conjuncti, s. Accrescenzrecht.
Reallasten, deutschrechtliche, deren Verjährung 183.
Receptum 344.
Rechtsgeschäfte, deren Formen 36.
Redhibitionsrecht 284.
Reichsgesetze 6.
Res sacrae 66.
Reseissionsklage wegen verheimlichter Mängel 286.
Restitution wegen Abwesenheit 69.
— wegen Furcht und Zwang 53.
— — Betrugs 54.
— — Minderjährigkeit 50. 51. 56.
— des Principalverpflichteten, ob auch dem Bürgen zu gute komme 51.
— Einfluß obrigkeitlicher Bestätigung des Geschäfts 51.
— ob sie auch Landgemeinden ex privilegio minorum zukomme 59.
— deren Verjährung 57.
— wegen Blödsinns 61.
— — fraudulenter Veräußerung des Schuldners 55.
Retentionsrecht des Spediteurs 39.
— des Vermiethers 342.
— des Pfandgläubigers 39. 40.
— überhaupt 38.
— im Concurs 40.
— des Miethers gegen den Hauskäufer 40.
Retractus gentilitius 338.
Neuerecht 305.

S.

Schadensersatz aus Verbrechen 356. 358.
Schaufelschlagrecht 161.
Scheingeschäft 275.
Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall 246. 298.
— Beweis der Acceptation 299. 302.
— an Mehrere zugleich 302.
— Bedürfniß der Insinuation 299. 300.
— unter Verlobten 303.
— unter Ehegatten 302.
— remuneratorische 301.

Digitized by Google

Schenkung, inofficiose, s. Querela.
— Verzugszinsen daraus 303.
Schmerzengeld 358.
Schwängerungsklagen 81—83.
— Collision der Gesetze dabei 86.
— Vertrag über Verschweigung des Namens des Schwängerers 83.
Setum Macedonianum 128.
— Vellejanum 353.
Servituten, durch bloßen Vertrag kann nur ein obligatorisches Recht darauf entstehen 175.
— deren Ersitzung 175.
— deren Erlöschung durch Confusion 174.
Res naturaliter servit. 173.
Servitut auf einem mit dem Andern gemeinschaftlichen Grundstück 173.
— Rechtsmittel 183.
Servitus discontinua 183.
— fumi immittendi, s. Gebäude.
— viae 178.
— itineris 178.
Simulation 275.
Singularsideicommisse 224.
Societas 348.
Speditionsgeschäft 317.
Spielverträge 272.
Spolienklage 153. 178.
— unter Ehegatten 155.
Sponsalien 93.
Stuprator, ob zur Dotation verbunden, wenn seine Eltern die Ehelichung nicht zugeben 83.
Substitutionen 200.
— ob in Codicillen zulässig 200.
— mit dem Beisatz, „oder deren Erben" 205.
Substitutio quasi-pupillaris 201.
Successio ordinum et graduum 196.
Suität, ob sie durch Emancipation aufhöre 129.
Superficies 185.

T.

Tausch 339.
Testamente, deren Beweis 201.
— deren Eröffnung 199.
— — Vollzieher 202.
— — Auslegung 203.
— — Exhibition 201.
— — Förmlichkeiten 197.
— Erfordernisse der Willenserklärung 196 ꝛc.
— Schreibfehler darin 206.
— verschlossen von einem Schwachsichtigen übergebenes 196.
— eines Blödsinnigen 196.
— auf Befragen 197.
— der Schreibunkundigen 198.
— clausula privatoria 197.
Testamentszeugen 198.
Testamentum nuncupativum 197.
— mixtum 197.
— reciprocum 198.
— parentum interliberos 199.
— ruri conditum 198.
Testirfähigkeit 196.
Todeserklärung 212.
Vermuthung des Todes 61.
Tradition, symbolische 149. 327.
— — durch gerichtliche Uebereignung 166.
Transmissionsrecht 209.
Transmissio Theodosiana 209.
Trödelvertrag 339.
Trunkenheit 67.
Tutela, s. Vormundschaft.

U.

Uferbauten 158.
Universitates, s. Gemeindesachen.
Usucapion der Sachen Minderjähriger 170.
Usurpatio naturalis 171.
Ususfructus, dessen erlöschende Verjährung 182.

V.

Väterliche Gewalt 129.
Veräußerungsverbot, testamentarisches 165.

Digitized by Google

Veräußerung einer res litigiosa 253.
— der Mündelgüter 138. 140.
Verbindlichkeit zur Vergeltung geleisteter Dienste, insbesondere gegen Hauskinder 346.
Verjährung, erwerbende, einer Prädialservitut 176.
— durch Gegenleistung bedingter Rechte 170.
— erwerbende der res universitatis, s. Gemeinheiten.
— erwerbende durch Mittelspersonen 176.
— Anfang derselben bei dem interd. de precario 45.
— desgl. bei der qu. inofficiosi 49.
— Befreiung durch dieselbe von der Beitragspflicht zu Gemeindelasten 171.
— der Klagen überhaupt 43. 49.
— der Nichtigkeitsklage der Minderjährigen wegen verschenkter Güter derselben 47.
— der Injurienklage ex lege Cornelia 81.
— des interd. de precario 45.
— der Klage wegen verzinslicher, auf Kündigung stehender Forderungen 46.
— der Klagen des fiscus 46. 47.
— der Klage auf Zurückzahlung einer Spielschuld 47.
— ruhende 47.
— deren Unterbrechung 48.
— ob sie das ganze Recht oder nur das Klagrecht aufhebe 49.
— der Litispendenz 50.
— der Pfandklage 44.
— terminlicher Leistungen 45.
— erlöschende der Forstrechte 163.
— deutschrechtlicher Reallasten 182.
— unfürdenkliche 172.
— ob exc. praescr. ex officio zu suppliren sey 49.
— extinctive, ob bona fides dazu erfordert werde 45.
— nach welchen Gesetzen über sie zu entscheiden 29.
Verjährungszeit, 40jährige 47.
— — der Klagen der Landgemeinden 59.
— — Einfluß veränderter Gesetzgebung 11.
Vermächtniß 224. 230.
Verschollenheit 212.
Versicherungsvertrag 334.
Versio in rem 128.
Verträge, persönliche Fähigkeit 272.
— Gegenstände 272.
— deren Perfection 270.
— zwischen Juden und Christen 272.
— zwischen Vater und Sohn 123.
— deren Nichtigkeit 272.
— durch Briefe beredete 270.
— zu Gunsten Dritter 280.
— Klagerecht von fälliger Leistung 44.
— zweiseitige 276.
Volljährigkeit, Einfluß veränderter Gesetzgebung 14.
Vorkaufsrecht 337.
Vormundschaft 134.
— der Mutter 136. 137.
— für Abwesende 212.
— Erlassung der Rechnungsablage 141.
— Excusation 137.
— Erbittung 135.
— Endigung 142.
— vertragsmäßige 136.
— Pflichten und Rechte 137—141.
— Belohnung des Vormunds 139.
— Zahlungen an den Vormund 139.
Ehrenvormund 137.
Obervormundschaft, deren Verantwortlichkeit 140.

W.

Wasserrecht 157. 159.
Wasserleitung 161.
Wechselverjährung, deren Unterbrechung 44.
Weggerechtigkeit, Ersitzung durch Mittelspersonen 176.
Weiderecht 179.
Wette 349.

Digitized by Google

Wiederkauf 337.
Windmühlen 155.
Wittwen-Pensions-Versicherungen 335.
Würderungseid 252.

Z.

Zahlung, vermuthete 262.
Zahlungsverbindlichkeit beim Mangel fester Zeitbestimmung 262.
Zaun 162.
Zeitbestimmung bei Verträgen 262.
Zeitberechnung, s. Civilcomputation.
Zinsen 44. 251.
— kaufmännische 251.
— ultra alterum tantum 252.
— in officio judicis sunt 44.
— deren stillschweigende Minderung 252.
— des Verzugs 269.
— in wie ferne des Schenkers Erben dazu verbunden 303.

Druck der Hofbuchdruckerei in Altenburg.

Digitized by Google

Berichtigungen und Verbesserungen.

Seite.	Zeile.	
19	14 v. o.	statt „von“ lies vom Concurs.
21	24 v. o.	statt „commercis“ lies commercio.
27	4 v. o.	nach „würde“ ist ein Komma zu setzen.
37	18 v. o.	statt „müssen sie“ lies: müssen die Contrahenten.
37	2 v. u.	statt „bemerkte“ lies: bemerkt.
49	1 v. u.	statt „heriditatis“ lies: hereditatis.
58	4 v. o.	statt „c.“ lies: C.
58	23 v. o.	statt „Rechtslehren“ lies: Rechtslehrer.
60	11 v. o.	statt „einen“ lies: einer.
70	23 v. o.	statt „moralisches“ lies: moralisch.
74	19 v. o.	statt „insbesonders“ lies: insbesondere.
79	letzte Zeile:	statt „vor die“ lies: vor der.
82	19 v. o.	statt „den“ lies: der.
84	zur Fr. 7. ist beizusetzen:	
		Bock gerichtliche Sectionen des menschlichen Körpers Aufl. 4. S. 254. gesteht zwar zu: daß die Frage, ob das Kind nach der Geburt gelebt habe, eine der schwierigsten Untersuchungen in der gerichtlichen Medicin nothwendig mache, was in Orfila's Vorlesungen über gerichtliche Medicin Bd. I. der 13—15ten Vorlesung umfänglich ausgeführt ist, gestattet aber gleichwohl dem Arzt, im Allgemeinen von jedem neugebornen Kind anzunehmen, daß es lebendig geboren sey, weil (nach Mende) weder in der Schwangerschaft noch in der Geburt an sich Ursachen des Todes der Frucht liegen.
97	29 v. o.	statt „praesamtio“ lies: praesumtio.
98	Marginale:	statt „S. 205. Fr. 12.“ lies: S. 502. Fr. 12.
99	3 v. o.	statt „Grunde“ lies: Gründe.
103	25 v. o.	statt „Ziermann“ lies: Schliemann.
108	6 v. u.	statt „im“ lies: ein.
111	letzte Zeile der Note:	statt „detestabiles“ lies: detestabilis.
119	11 v. o.	statt „können“ lies: könne.
119	13 v. o.	statt „einen“ lies: einem.
130	6 v. o.	statt „subseques“ lies: subsequens.
135	13 v. o.	statt „vor“ lies: von.
153	13 v. o.	statt „urbanonorum“ lies: urbanorum.

Digitized by Google

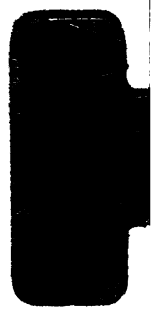
Seite.	Zeile.	
157	15 v. o.	statt „unverfiechbares“ lies: unversiegbares.
163	12 v. u.	statt „gerechtigt“ lies: gerechtfertigt.
164	10 v. o.	statt „widersprechen“ lies: widersprochen.
165	13 v. u.	statt „ejus modi“ lies: ejusmodi.
167	11 v. u.	statt „wüßte“ lies: wußte.
172	25 v. o.	statt „Mittheilung“ lies: Mittheilungen.
173	13 v. u.	statt „Eigenthum“ lies: Eigenthums.
211	8 v. u.	statt „dem“ lies: den.
212	12 v. o.	statt „tust“ lies: Inst.
219	17 v. o.	statt „oder nahen Erben“ lies: oder gleich naher Erben.
224	12 v. o.	statt „seine“ lies: seinen.
232	21 v. o.	statt „begründen“ lies: begründe.
235	10 v. o.	statt „der“ lies: des.
251	7 v. u.	statt „um“ lies: und.
260	5 v. o.	statt „Punke“ lies: Punkte.
260	7 v. o.	statt „der sehr gewöhnlichen“ lies: die sehr gewöhnliche.
265	1 v. o.	statt „auf die Dauer“ lies: auf die Dauer der Ehe.
279	16 v. o.	statt „Vertägen“ lies: Verträgen.
281	1 v. o.	ist das zweite Komma zurück zu versetzen, nemlich: daß Dritte,
306	5 v. o.	statt „begündete“ lies: begründete.
311	14 v. o.	statt „Sätze“ lies: Satze.
330	13 v. u.	statt „Anrechnung“ lies: Anregung.
335	12 v. o.	statt „Insufficenz“ lies: Insufficienz.
340	vor Zeile 2 v. u.	ist die Rubrik „Pacht- und Miethvertrag“ einzurücken.
341	4 v. o.	statt „dem“ lies: den Ersatz.
351	5 v. u.	statt „subsidäre“ lies: subsidiäre.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google